

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ANA PAULA SCUSSEL

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO DE TÉCNICA DE
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM***

FLORIANÓPOLIS

2016

ANA PAULA SCUSSEL

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO DE TÉCNICA DE
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a MSc. Renata Raupp Gomes.

FLORIANÓPOLIS


2016


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

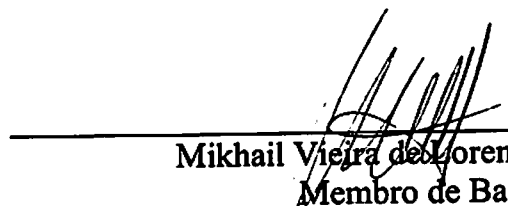
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO DE TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*”, elaborado pela acadêmica Ana Paula Scussel, defendido em 02/12/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 02 de dezembro de 2016.


Renata Raupp Gomes
Professor Orientador


André Soares Oliveira
Membro de Banca


Mikhail Vieira del Lorenzi Cancelier
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Ana Paula Scussel

RG: 4.134.818

CPF: 076.122.199-99

Matrícula: 12100097

Título do TCC: O Direito Sucessório do Filho Concebido por Meio de Técnica de Reprodução Humana Assistida Homóloga *Post mortem*

Orientadora: Prof.^a MSc. Renata Raupp Gomes

Eu, Ana Paula Scussel, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 02 de dezembro de 2016.

A assinatura manuscrita de Ana Paula Scussel, escrita em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

Ana Paula Scussel

AGRADECIMENTOS

Cinco anos repletos de momentos incríveis se passaram e, se assim foi, a razão são vocês que, longe ou perto, estiveram ao meu lado e merecem toda a minha gratidão.

Agradeço especialmente aos meus pais, Eliomar e Arilde, que proporcionaram todas as condições para que eu pudesse perseguir meus sonhos. Tudo que fiz e faço é para dar orgulho a vocês, muito obrigada pelo apoio de sempre e por terem me cercado de bons exemplos que fizeram de mim a pessoa que sou hoje. Obrigada também ao Manoel, que há dez anos chegou para mostrar que eu queria muito um irmão e nem sabia.

Aos meus avós, Elma e Reinaldo, por me ensinarem sempre o valor da humildade. À Nona Linda, minha eterna saudade, que esteja onde estiver, cuida e olha por mim.

Ao Odair, por ter me dado a primeira oportunidade de estágio e aberto as portas do mundo jurídico. Ao Desembargador Raulino e toda sua equipe, principalmente Karin e Bilu, agradeço imensamente por terem confiado no meu trabalho e auxiliado no meu crescimento.

Às mulheres incríveis da 18ª Promotoria de Justiça. Doutora Thaís, um exemplo de ética e comprometimento, Gláucia, Manu e Bea, é um prazer e um constante aprendizado estar ao lado de vocês.

Agradeço ao Marcelo, presente que o destino trouxe duas vezes pra mim, que sabe ser paciente e compreensivo nos momentos difíceis, sempre me incentivando e me fazendo querer ser melhor, sem deixar de ser essa pessoa doce que me encanta todos os dias. À Ariani e ao Wagner, dois dos grandes seres humanos com que a vida me brindou, quando crescer, quero ser um pouquinho como vocês.

Aos amigos maravilhosos que a UFSC me deu, Helô, Damas, Ruy, Raul, Jú, Marcelo e Diogo, muito obrigada por terem me aceitado de volta no lado esquerdo, de coração aberto, aqueles que eu lembrarei como os melhores anos da minha vida não poderiam ter sido compartilhados com pessoas mais especiais e únicas.

À Professora Renata, uma grande profissional, que fez de mim entusiasta do Direito das Famílias e Sucessório, sem o seu suporte, este trabalho não seria possível.

Por fim, agradeço também à Atlética, instituição da qual fiz parte durante três anos da graduação. Entre eventos e reuniões, vi a AADUFSC crescer e se consolidar no curso, fiz grandes amigos e espero tê-los para sempre comigo.

RESUMO

SCUSSEL, Ana Paula. **O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO DE TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM***. 2016. 75 p. (Bacharelado em Direito – Área: Direito de Família e Direito das Sucessões) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2016.

A evolução da ciência e da biotecnologia tornou as técnicas de reprodução humana medicamente assistida opções aos casais que não conseguem ou não podem realizar seu projeto parental de ter um filho da maneira tradicional. Apesar deste progresso, o Código Civil abordou o tema de maneira incipiente, limitando-se a disciplinar que a prole proveniente de inseminação artificial homóloga ou implantação de embriões excedentários será, presumivelmente, filha do doador do material genético utilizado. A normativa, entretanto, olvidou-se de tratar do direito sucessório desse filho quando o procedimento é realizado após o falecimento do genitor, uma vez que, conforme o art. 1.798, para concorrer na sucessão, a pessoa deve ser nascida ou concebida no momento da morte do sucedido, preenchendo o requisito da coexistência. Observam-se, assim, duas situações distintas, porquanto em se tratando da implantação de embriões excedentários, mesmo após a morte do genitor, já houve concepção laboratorial e, como o dispositivo não especifica qual concepção é por ele abarcada, a maior parte da doutrina entende que essa prole preenche o requisito indicado, possuindo direito sucessório quanto ao seu ascendente pré-morto. Por outro lado, em caso de inseminação artificial com uso de sêmen criogenizado deixado pelo pai, após o falecimento deste, não sendo o filho concebido no momento da morte do autor da herança, há discussão acerca do direito ou não dessa prole concorrer na sucessão, podendo-se verificar uma situação singular, em que um descendente será filho, legal e biologicamente, mas não terá direito sucessório. Com este trabalho, objetiva-se defender que, independente da origem, a prole deve concorrer na sucessão legítima de seu genitor, em homenagem, especialmente, ao princípio da isonomia entre filhos, previsto constitucionalmente.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Homóloga. *Post mortem*. Sucessão legítima. Coexistência. Isonomia.

ABSTRACT

SCUSSEL, Ana Paula. **THE SUCCESSION RIGHT OF THE CHILD CONCEIVED BY HOMOLOGOUS TECHNIQUE OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AFTER DEATH**. 2016. 75 p. (Bachelor's degree in law – Theme: Family Law and Succession Law) – Federal University of Santa Catarina, Center of Legal Sciences, Florianópolis, 2016.

The evolution of science and biotechnology has made medically assisted human reproductive techniques options for couples who cannot carry out their parental project of having a child in the traditional way. In spite of this progress, the Civil Code approached the theme in an embryonic way, limiting itself to disciplining that offspring coming from homologous artificial insemination or implantation of surplus embryos will, presumably, be the son of the material genetic donor used. The norm, however, forgot to deal with this son's succession right when the procedure is performed after the parent's death, once, according to the article 1.798, to compete in the succession the person must be born or conceived at the time of death of the inheritance's author, filling in the requirement of coexistence. It is observed, therefore, two distinct situations, because when it comes to implantation of surplus embryos, even after the father's death, there was already a laboratory conception and, since the clause does not specify which conception it embraces, most of the doctrine understands that this offspring fills the stated requirement having succession right from his pre-dead ascendant. On the other hand, in case of artificial insemination with cryogenic semen left by the father, after his death, not been the child conceived at the time of the death of the inheritance's author, there is a discussion about whether or not this offspring has the right to compete in the succession, being possible to verify a singular situation, wherein the descendant will be a son, legally and biologically, but will not have succession right. The purpose of this study is to defend that, regardless the origin, the offspring must compete in the legitimate succession of his parents, especially in honor of the isonomy among children principle, which is constitutionally foreseen.

Keywords: Assisted human reproduction. Homologous. After death. Legitimate succession. Coexistence. Isonomy.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. = artigo

Arts. = artigos

CF = Constituição Federal

CFM = Conselho Federal de Medicina

CC = Código Civil de 2002

CC/2002 = Código Civil de 2002

RA = Reprodução Assistida

PL = Projeto de Lei

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	10
1.1. O momento da abertura da sucessão	10
1.2. Legitimação (ou capacidade) para suceder	13
1.3. Aceitação e renúncia da herança.....	15
1.4. Sucessão testamentária.....	20
1.5. Sucessão legítima	27
1.5.1. A situação do descendente.....	30
2. PRINCÍPIOS E NORMAS APLICÁVEIS À SUCESSÃO DO DESCENDENTE	33
2.1. A herança como direito fundamental	33
2.2. Princípio da isonomia entre filhos.....	35
2.3. A presunção legal de paternidade	39
2.4. Direito ao planejamento familiar	45
2.5. Princípio da paternidade responsável.....	47
3. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E SEU REFLEXO NO DIREITO SUCESSÓRIO	50
3.1. Previsões do Código Civil de 2002	51
3.2. As resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca da reprodução humana assistida.....	54
3.3. A sucessão da prole concebida artificialmente após a morte do genitor	58
3.3.1. Presunção de filiação X Ilegitimidade para concorrer na sucessão.....	62
3.3.2. Segurança jurídica do herdeiro X Isonomia entre os filhos.....	63
3.3.3. A solução do enunciado 267 da Terceira Jornada de Direito Civil e o Projeto de Lei n. 115/2015	65
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

Este trabalho dedicar-se-á a analisar se o filho, quando concebido por meio de técnica de reprodução assistida homóloga após a morte do genitor-doador, tem direito a concorrer na sucessão legítima de seu ascendente pré-morto, uma vez que não preencheria, a priori, o requisito da coexistência, disposto no art. 1.798, do Código Civil. Para isso, serão analisados princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como normativas aplicáveis à sucessão do descendente e aquelas que dispõem acerca da reprodução assistida homóloga.

Para que se possa entender a importância do presente estudo, necessário se faz apontar a constante evolução em que se encontra a ciência, a medicina e a biotecnologia, especialmente no que diz respeito aos procedimentos capazes de gerar uma nova vida de maneira diversa da tradicional.

Nesse ponto, destaca-se que a infertilidade, fator que impacta diretamente a possibilidade dos casais de ver consolidado seu projeto parental, vem sendo tratada pelo Conselho Federal de Medicina como um problema de saúde pública. Ademais, após o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da união homossexual como entidade familiar, por certo que não se pode privar essas pessoas de também constituir uma família, com seus próprios filhos, utilizando-se de meios diversos da adoção.

Ocorre que o Código Civil de 2002 acabou não acompanhando as evoluções citadas, tratando timidamente acerca da reprodução humana medicamente assistida apenas no art. 1.597, quando disciplinou a presunção de filiação, deixando, por outro lado, de garantir à prole concebida por alguma das técnicas, quando realizada após o falecimento do genitor, seu direito sucessório. Isso em sentido oposto ao progresso da Constituição Federal de 1988, a qual preconizou o tratamento isonômico entre filhos.

Diante dessa omissão, pode-se ter uma situação peculiar, em que um filho, mesmo presumível e biologicamente descendente de alguém, não concorrerá em sua sucessão legítima.

Tendo em vista a conjuntura explanada, o primeiro capítulo deste trabalho se dedica a explorar o instituto do direito sucessório como disciplinado pelo Código Civil de 2002, tratando de aspectos específicos como o momento da abertura da sucessão, tema de fundamental importância para o presente estudo, a possibilidade de aceitação e renúncia da herança, bem como os pontos mais relevantes da sucessão testamentária e legítima, perpassando, por fim, a sucessão do descendente.

No decorrer do segundo capítulo, são apresentados e detalhados os princípios constitucionais e demais normas de maior relevância em relação ao direito sucessório do filho concebido por meio de técnica de reprodução assistida póstuma. Analisa-se o direito fundamental à herança, previsto no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, o princípio da isonomia entre filhos, também garantido constitucionalmente, além da presunção de filiação, disposta no Código Civil, abordando-se, ainda, o direito ao planejamento familiar, o qual não permite a interferência do Estado, a não ser para garanti-lo, bem como o princípio da paternidade responsável, que deve ser observado mesmo após o falecimento dos genitores.

A fim de esclarecer a controvérsia que perpassa este trabalho, o terceiro capítulo se inicia examinando a primária disposição do Diploma Civil de 2002 acerca da reprodução assistida, perpassando a evolução das resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, até chegar a mais recente, do ano de 2015, a qual, por hora, é a única normativa que trata da matéria.

Ao final, procura-se analisar especificamente o direito sucessório do filho concebido por meio de técnica de reprodução humana assistida homóloga realizada após o falecimento do genitor-doador, abordando-se as posições doutrinárias divergentes no que diz respeito ao procedimento que utiliza sêmen criogenizado e aquele realizado com embriões excedentários. Exploram-se as aparentes antinomias normativas e principiológicas que tangenciam a questão, bem como se explorou o Enunciado n. 267, da Terceira Jornada de Direito Civil e o Projeto de Lei n. 115/2015, que se encontra pendente de aprovação pela Câmara dos Deputados.

Indica-se, ademais, que este trabalho de conclusão de curso foi produzido observando-se o método dedutivo, utilizando pesquisas na legislação atual e pretérita, bem como consulta à doutrina e jurisprudência, a fim de esclarecer as dicotomias envolvendo a sucessão do filho concebido por meio de procedimento de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

1. O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O presente capítulo dedicar-se-á a explicar o instituto do direito sucessório no Código Civil em vigor. Faz-se necessário, contudo, um breve apanhado geral sobre o tema.

A palavra sucessão, em seu sentido amplo, implica continuação, no todo ou em parte, em uma terceira pessoa, das relações jurídicas que cessaram para o seu titular. No Direito Sucessório, porém, tal vocábulo assume uma acepção mais restrita, limitando-se a designar “a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento” (MONTEIRO, 2009, p. 1).

A sucessão que aqui interessa, portanto, é justamente essa, a que tem como fundamento o óbito da pessoa, sinalizando o momento cronológico que determina a abertura da sucessão, quando se opera a separação entre o patrimônio do falecido e sua personalidade.

No Código Civil de 2002, tal matéria está regulamentada no Livro V, da Parte Especial, nos arts. 1.784 a 2.027, estes divididos em quatro títulos, quais sejam: a) a sucessão em geral, que trata de aspectos genéricos acerca de tal instituto – abertura da sucessão, aceitação e renúncia, excluídos da herança –; b) sucessão legítima, trazendo, especialmente, os herdeiros necessários; c) sucessão testamentária, que disciplina acerca das disposições de última vontade do *de cujus* e; d) inventário e partilha, tratando primordialmente de questões processuais.

Feita sucinta elucidação, importa agora analisar os pontos mais relevantes para o presente trabalho que se encontram espalhados pelo Livro V, do Código Civil de 2002.

1.1. O momento da abertura da sucessão

A morte, além de pôr fim à existência da pessoa humana, também é o elemento determinante para a transmissão da herança, pois é a partir de sua verificação que ocorre a abertura da sucessão.

A morte, que é fato natural, transforma-se em fato jurídico, ao desencadear tal gama de efeitos, porquanto dela advém, dentre outras consequências, a mudança na titularidade dos bens. Ao mesmo tempo em que põe termo aos direitos e obrigações do *de cujus*, faz emergir direitos e obrigações relativamente aos herdeiros. (RIZZARDO, 2011, p. 21).

O art. 1.784, do Código Civil de 2002 dispõe expressamente que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Da simples leitura do dispositivo legal, pode-se concluir, em razão da expressão “desde logo”, que a transmissão da posse e da propriedade do patrimônio do falecido se transmite de maneira automática, sem qualquer intervalo de tempo, aos sucessores. Todavia,

não apenas a propriedade em seu sentido estrito é transmitida imediatamente aos herdeiros, “mas também, todos os direitos, pretensões, ações, exceções, de que era titular o defunto, se transmissíveis” (DINIZ, 2013, p. 36), não integrando o acervo hereditário os direitos personalíssimos e as obrigações pessoais do *de cujus*.

A transferência imediata do patrimônio, disposta no artigo transcrito, corresponde à regra do *droit de saisine*, uma ficção jurídica, criada na França, a fim de impedir que o patrimônio do sucedido ficasse acéfalo, sem titular. No caso, o que ocorre é uma mutação automática, que decorre de lei, da titularidade do patrimônio pertencente ao falecido.

Cabe aqui fazer uma importante distinção entre a abertura da sucessão, a qual se dá com a morte, seja ela real ou presumida, e a abertura do inventário, que apenas ocorre posteriormente ao óbito, podendo ser realizada por via judicial ou extrajudicial, visando promover a partilha dos bens deixados, conforme leciona Arnaldo Rizzardo (2011, p. 23) “o inventário representa apenas a formalização da sucessão [...]. Não passa o mesmo de exteriorização administrativa da transmissão”.

Ainda no tocante à transmissão automática do acervo patrimonial, lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 65):

[...] essa transmissão independe, inclusive, da prática de qualquer ato pelo sucessor, e, até mesmo, do conhecimento da morte, se verificando de pleno direito (*ipso jure*), por força da própria opção legal. Nessa linha de intelecção, a translação automática do patrimônio do falecido aos seus herdeiros, mesmo que estes ignorem o óbito, e ainda que não exerçam a apreensão material dos bens, é o mais importante efeito decorrente da abertura da sucessão (morte).

Ademais, também não há necessidade de qualquer requerimento judicial para garantir que os herdeiros, em condomínio, passem a titularizar o patrimônio que pertencia ao falecido.

Imperioso destacar que a regra da *saisine* abrange todas as relações patrimoniais em caráter universal do *de cujus*. Com relação ao legatário (aquele que sucede apenas a título singular, recebendo um bem certo e determinado), porém, a situação é diferenciada: se o legado for um bem infungível, a propriedade se transmite desde a abertura da sucessão, contudo, em se tratando de bem fungível, o legatário apenas o receberá após a partilha. Em ambos os casos, porém, a posse “deve ser requerida aos herdeiros, que só estão obrigados a entregá-la por ocasião da partilha e depois de comprovada a solvência do espólio” (GONÇALVES, 2012, p. 36).

Ainda sobre o princípio da *saisine*, disposto no art. 1.784, do Código Civil, este deve ser lido em consonância com o que dispõe o art. 1.207 do mesmo Diploma Legal, o qual disciplina que “o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor”. Logo, os

herdeiros passarão a titularizar as relações patrimoniais do *de cuius* com as características que essas possuíam anteriormente.

Neste norte, bem exemplifica Maria Helena Diniz (2013, p. 37): “se uma posse começou violenta, clandestina ou precária, presume-se ficar com esses mesmos vícios, que irão acompanhá-la nas mãos dos sucessores do adquirente”.

Em se tratando de pluralidade de herdeiros, insta ainda salientar que “a incidência da *saisine* estabelece a formação de um condomínio e de uma composses, automaticamente, entre eles, uma vez que a herança é universal e indivisível” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 66-67).

Tais características – de condomínio e composses automáticos – serão dissolvidas após a partilha. Assim, a comunhão que ocorre, é originalmente provisória, apenas permanecendo enquanto se processam os atos que viabilizam a divisão do patrimônio (GOMES, 2012, p. 325). As consequências mais relevantes dessa copropriedade são o respeito ao direito de preferência dos demais herdeiros, caso um dos coerdeiros pretenda alienar onerosamente sua cota hereditária, e a impossibilidade, em regra, de usucapir os bens que pertencem ao espólio.

Salienta-se que, a despeito de o efeito jurídico mais importante da abertura da sucessão ser, indiscutivelmente, a transmissão imediata e automática da posse e propriedade do acervo patrimonial do falecido aos seus herdeiros, este não é o único, como se verá.

Inicialmente, observa-se que o momento em que se abre a sucessão hereditária também é de suma relevância, pois, “a lei que regula a sucessão e a legitimação para suceder é a lei vigente ao tempo da morte do autor da herança” (VENOSA 2013, p. 16), conforme dispõe o art. 1.787, do Código Civil.

Assim, diante de tal regramento, verifica-se que uma novel lei sucessória não pode retroagir para abranger sucessões que se abriram anteriormente a ela, sob pena de afrontar a garantia de proteção ao direito adquirido, disposta no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Neste sentido, bem exemplifica Washington de Barros Monteiro (2009, p. 19):

O Código Civil de 1916, dispondo sobre a ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge ou companheiro sobrevivente, contemplava os colaterais até o quarto grau. Se lei nova viesse excluir referidos colaterais, a exclusão não poderia, de forma alguma, atingir os direitos daqueles que tivessem herdado na vigência da lei antiga; sobre a herança teriam eles, indubitavelmente, direito adquirido.

Outra importante consequência que decorre da abertura da sucessão é a verificação da legitimação sucessória, a qual também se dará nesse momento, sendo as modificações posteriores irrelevantes. Em síntese, nenhuma alteração legislativa posterior ao falecimento do

autor da herança poderá modificar o poder aquisitivo dos sucessores, “visto que a lei do dia do óbito rege a sucessão e o direito sucessório do herdeiro” (DINIZ, 2013, p. 60).

Por fim, verifica-se que, também no momento em que se abre a sucessão, é tempo de calcular a legítima a fim de se verificar um possível excesso de disposição patrimonial em testamento, o que implicaria necessária redução das cláusulas testamentárias (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 71).

1.2. Legitimação (ou capacidade) para suceder

O art. 1º, do Código Civil de 2002, parte da premissa elementar de que todas as pessoas são capazes de assumir direitos e deveres. Concluindo-se, assim, que todos os indivíduos podem praticar quaisquer atos jurídicos em razão de tal aptidão genérica. Contudo, é natural que dentro do próprio sistema jurídico existam regras particulares que devam ser preenchidas para o exercício de certas relações.

Com o Direito Sucessório não é diferente, as normas específicas para que uma pessoa possa exercer seu direito de suceder é a chamada legitimação (ou capacidade) sucessória.

Maria Helena Diniz (2013, p. 60) assim leciona acerca da diferença entre a capacidade civil e a sucessória, *in verbis*:

A capacidade civil é a aptidão que tem uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico. A legitimação ou capacidade sucessória é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cujus*, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo *de cujus*.

Diante da lição, afigura-se evidente que uma pessoa absolutamente incapaz pode possuir capacidade sucessória, por exemplo, uma criança que passe a ter legitimação para suceder em razão da morte de um dos pais. Por outro lado, também é viável que uma pessoa maior e capaz, caso não conste como herdeiro necessário e tampouco seja beneficiado por testamento, apesar de possuir a capacidade civil, não terá a sucessória.

Cabe concluir, como observa Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 68), que “a legitimidade passiva é a regra e a ilegitimidade, a exceção” e continua sustentando que “vigora o princípio de que todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei”.

O art. 1798, do Código Civil de 2002 dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, referindo-se tanto à sucessão legítima quanto à testamentária – a qual, como se verá, possui um rol ampliado.

Esclarecendo o dispositivo legal transcrito, observa-se que, para ser apurada a capacidade sucessória, são necessários dois pressupostos, quais sejam: a) falecimento do

sucedido, pois é nesse momento que se abre a sucessão e; b) sobrevivência do sucessor, mesmo que por ínfima fração de tempo, devendo estar, à época, já nascido ou concebido.

Como lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 78): “é o princípio da coexistência, através do qual é preciso que o sucessor esteja vivo no instante exato do óbito do titular do patrimônio para que possa recebê-lo”.

“Nascidos” são aqueles já separados pelo cordão umbilical materno, de outro lado, “concebidos” trata-se de expressão genérica, que alude ao nascituro, o qual já foi concebido no ventre materno, mas ainda não nasceu, tendo resguardado seus direitos sucessórios caso venha a nascer com vida.

Especificamente quanto à tutela do nascituro, observa-se uma situação excepcional, haja vista que neste caso há uma “pendência da delação, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva” (GOMES, 2012, p. 30).

A condição do nascituro é peculiar. O já concebido poderá vir a ser sujeito de direitos no futuro. Tem um direito eventual enquanto não nascido, já protegido pelo direito (o que distingue o direito eventual da mera expectativa de direito). Os direitos do nascituro só ganharão forma com seu nascimento com vida. A situação do nascituro, pois, traça uma forma de exceção à regra da existência da pessoa quando da morte, para que isso possibilite uma sucessão em razão da morte. (VENOSA, 2013, p. 53).

Uma das questões mais relevantes que permeia a legitimação sucessória, especialmente em razão da expressão “já concebidas” trazida pelo art. 1.798, do CC/2002, envolve o embrião concebido em laboratório e ainda não implantado no útero materno e, ainda, o genitor que tem seu sêmen preservado e utilizado pela viúva após o seu falecimento. Acesas discussões são travadas acerca desse assunto, o qual será abordado ao longo do presente trabalho.

No tocante à sucessão testamentária, observa-se uma ampliação do rol dos legitimados para suceder em relação à sucessão legítima. O que se procura, *in casu*, é “garantir o império da autonomia privada do testador, permitindo-lhe dispor do patrimônio em favor de quem queira” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 85).

O art. 1.799, do Código Civil de 2002 indica especificamente as pessoas que só podem receber a herança ou o legado por disposição de última vontade, *in verbis*:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
II - as pessoas jurídicas;
III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Em um apanhado geral acerca do artigo transcrito, leciona Washington de Barros Monteiro (2009, p. 42):

Questionados preceitos da lei civil proclamam a vigência de princípios de suma importância: 1) são capazes de receber por testamento, de modo geral, aqueles a quem a lei não retira a capacidade; 2) podem suceder as pessoas naturais e as pessoas jurídicas; 3) como condição dessa capacidade, exige-se que o beneficiado exista, sobreviva ao testador, ao abrir-se a sucessão, ou venha a nascer em determinado prazo, se filho ainda não concebido de pessoas indicadas pelo testador, devendo estar vivas quando falecer o autor da herança.

Em análise minuciosa, observa-se que, inicialmente, a norma trata da chamada prole eventual, que nada mais é do que o filho de uma pessoa, indicada pelo testador, a qual deve estar viva no momento da abertura da sucessão, que virá a ser concebido no futuro. Nas palavras de Silvio Venosa (2013, p. 209), “essa prole eventual mencionada pela lei pode já existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos havidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte”.

A prole que será beneficiada deve ser concebida no prazo de até dois anos após a abertura da sucessão (art. 1.800, §4º, do CC/2002), entretanto, “note-se que o prazo é para a concepção, e não para o nascimento com vida” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 86). Não sendo o filho concebido durante esse lapso temporal, os bens ficarão com os herdeiros legítimos, exceto se houver indicação diversa do testador.

Ademais, na hipótese de ser beneficiado o filho que alguém vai ter, a lei estabelece uma curadoria especial em favor da prole. O curador, salvo disposição expressa em contrário do autor da herança, será o pai ou a mãe do sucessor que se pretendeu beneficiar e terá a guarda e administração dos bens que pertencerão à prole eventual. Caso os indicados não possam desempenhar tal múnus, o juiz indicará outra pessoa para a função.

Retomando a explanação acerca dos legitimados para suceder pela via testamentária, dispõe o art. 1.799, inciso II, do Código Civil, que também se encaixam nessa posição as pessoas jurídicas já devidamente constituídas, ou seja, com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, sejam elas de direito público, interno ou externo, ou de direito privado.

Por fim, “sobreleva observar o inc. III do art. 1.799, contemplando a destinação de herança por testamento em favor de pessoa jurídica cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação” (RIZZARDO, 2011, p. 50). Tal fundação deve ser criada para fins não lucrativos, desempenhando atividade de interesse coletivo, com finalidade moral, cultural, religiosa ou assistencial.

1.3. Aceitação e renúncia da herança

Considerando-se que vigora em nosso ordenamento a transmissão imediata da herança, aberta a sucessão com a morte do titular, de maneira automática, transfere-se o patrimônio do falecido, por força de lei, aos seus herdeiros. Todavia, em que pese as relações

patrimoniais se transmitirem automaticamente, ao herdeiro existe a opção de aceitar aquilo que lhe é transmitido ou repudiar, “isso porque ninguém pode ser obrigado a receber o patrimônio que lhe está sendo transferido” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 158).

O sistema jurídico brasileiro determina que a aceitação da herança não ilide o princípio da *saisine*, ao contrário, ambos são harmônicos, pois como já ocorreu a transmissão automática aos herdeiros quando do óbito do sucedido, por força do art. 1.784, do Código Civil, a aceitação significa tão só a confirmação daquela transmissão que já se operou, com efeitos que retroagem à data em que se abriu a sucessão.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 87) “aceitação ou adição da herança é o ato pelo qual o herdeiro anui à transmissão dos bens do *de cujus*, ocorrida por lei com a abertura da sucessão, confirmando-a” ou, nas palavras de Washington de Barros Monteiro (2009, p. 51), “é o ato jurídico pelo qual a pessoa chamada a suceder declara que deseja ser herdeira e recolher a herança”.

Existe, porém, corrente doutrinária que entende ser desnecessária a aceitação da herança, pois, em que pese ninguém poder herdar contra sua vontade, para evitar tal condição existe a renúncia, que também possui eficácia retroativa.

Voltando à aceitação da herança, cumpre destacar que, uma vez aceita aquela, o herdeiro não responderá pelos débitos que superem o limite do patrimônio por ele recebido do *de cujus*, é a chamada “aceitação com benefício de inventário”, que encontra expressa previsão no ordenamento pátrio no art. 1.792, do CC/2002.

Quem deve responder pelas dívidas do falecido, é seu espólio, de maneira que pode não haver herança, caso o passivo supere o ativo patrimonial. Logo, pode o herdeiro nada receber, mas nunca usará do seu próprio patrimônio para saldar uma dívida do sucedido.

Acerca da natureza jurídica da aceitação da herança, cabe salientar que se trata de ato jurídico em sentido estrito, unilateral e não receptício, “não precisando, pois, ser comunicado a quem quer que seja para que produza seus efeitos” (GONÇALVES, 2012, p. 89).

Também não se verifica, no ato da aceitação, a possibilidade daquele que o faz escolher os efeitos a serem produzidos, estes já estão, ao menos aprioristicamente, previstos em lei, tratando-se assim a aceitação, de manifestação de vontade, desejando efeitos que já estão preestabelecidos.

Uma vez antevistos em lei, os efeitos da herança são insuscetíveis de disposição pelo herdeiro, sendo assim “é possível afirmar, com tranquilidade e segurança, que a aceitação é um ato jurídico irrevogável e irretratável (CC, art. 1.812)” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 161-162), nas palavras de Silvio Venosa (2013, p. 22): “uma vez herdeiro, sempre herdeiro”.

Em que pese as características da aceitação, não há impedimento para que o ato seja anulado, caso a exteriorização da vontade seja maculada por algum dos defeitos do negócio jurídico – erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Tal conclusão é cabível a partir da simples leitura do art. 185, do Código Civil, o qual dispõe que se aplicam aos atos jurídicos as regras do negócio jurídico, no que couber.

Observa-se, igualmente, que a herança se trata de bem de caráter indivisível, imóvel e universal, não podendo seu ato de aceitação ser parcial, tampouco impor condição ou termo, conforme disciplina expressa do art. 1.808, do CC/2002: “não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo”.

Conclui-se, nesta senda, que a universalidade que é a herança se constitui de valores positivos e negativos e o herdeiro, quando realiza a aceitação, continua a posse que era do defunto, tomando seu lugar em todas as relações jurídicas, sendo inadmissível uma aceitação parcial, pois, caso assim fosse permitido, o sucessor aceitaria apenas o ativo e repudiaria o passivo do *de cujus*.

Se a recebe, entretanto, por dois títulos, por outras palavras, se além de herdeiro, o contemplado é também legatário, nesse caso será admitido a aceitar a herança e a repudiar o legado, ou vice-versa, a aceitar este e rejeitar aquela [...]. É o que se deflui do art. 1.808, §2º: o herdeiro, chamado na mesma sucessão a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia. (MONTEIRO, 2009, p. 55).

O caso não se enquadra, por óbvio, na hipótese de aceitação parcial, trata-se, tão somente, de aceitação individualizada de cada um dos títulos sucessórios recebidos, qualquer deles de forma plena e integral. “Efetivamente, o que se tem é a aceitação integral de um dos títulos sucessórios e o repúdio ao outro, não caracterizando uma aceitação parcial” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 164).

O ato de aceitar a herança pode se dar de três formas distintas: expressa, tácita ou presumida.

A aceitação expressa é aquela que se faz por escrito, seja por instrumento público ou particular, onde o herdeiro manifesta seu desejo de receber a herança. Leciona Maria Helena Diniz (2013, p. 83): “é ociosa a exigência da aceitação expressa por ser ela ato meramente confirmatório da nova relação jurídica estabelecida com a abertura da sucessão, pois somente a renúncia elide a presunção de aceitação”.

Muito mais corriqueira, a aceitação tácita decorre de qualquer comportamento capaz de demonstrar a intenção do sucessor de receber o patrimônio transmitido, como exemplo de condutas que podem configurar a aceitação tácita, tem-se o ato de se fazer representar por advogado no inventário, a cessão onerosa de direitos hereditários e outras.

Não caracteriza, todavia, tal forma de aceitação a prática de atos oficiosos, como o pagamento do funeral do falecido, ou atos meramente conservatórios, que impeçam a perda ou deterioração dos bens da herança. “É que tais atos revelam, em verdade, uma satisfação de ordem mais moral do que jurídica, decorrendo de sentimentos humanísticos ou de solidariedade” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 165).

Por fim, a aceitação presumida, que pouco difere da tácita, observa-se quando o herdeiro, instado a se manifestar em ação promovida pelo interessado em saber se haverá ou não renúncia, não apresenta sua posição.

Explica-se:

[...] o interessado provoca o herdeiro, a fim de ouvir sua manifestação. Decorridos vinte dias da abertura da sucessão sem o pronunciamento, então requererá ao juiz a intimação, em até trinta dias; caso se mantenha novamente em silêncio, considera-se presumida a aceitação (RIZZARDO, 2011, p. 65).

Consoante expressa disposição do art. 1.609, do Código Civil, caso o sucessor venha a falecer sem exteriorizar sua declaração de vontade, acerca da aceitação ou renúncia da herança, o direito de deliberar será transmitido aos herdeiros daquele. Todavia, não será possível a aceitação pelos sucessores, em nome do falecido, caso a herança tenha sido submetida a uma condição suspensiva que não veio a ser implementada quando vivo o herdeiro originário.

Por fim, analisando-se o art. 1.813, do Diploma Civil, verifica-se que também é possível a aceitação indireta da herança, praticada por um terceiro interessado. Exemplo claro desta forma de aceitação é aquela realizada pelos credores do sucessor, os quais “podem aceitar a herança que foi objeto de uma renúncia pelo particular, evitando, assim, que se lhes imponha prejuízo” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 168).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 95): “a existência de prejuízos aos credores do renunciante faz, portanto, com que a renúncia não produza efeitos até o montante necessário para a satisfação do débito”. *In casu*, havendo saldo remanescente na herança repudiada pelo sucessor, aquele deverá ser devolvido à massa hereditária.

Consoante mencionado no início deste tópico, o exercício do direito de suceder não é obrigatório, não podendo ninguém ser compelido a aceitar a transmissão automática da herança, podendo-se, assim repudiar as relações patrimoniais transmitidas pelo *de cujus*.

Em sendo assim, surge a renúncia, ou repúdio, como o ato jurídico em sentido estrito, unilateral, pelo qual o herdeiro declara não aceitar o patrimônio do falecido, repudiando a transmissão automática que a lei operava em seu favor, despojando-se, por conseguinte, da sua titularidade. É, enfim, a rejeição ao recebimento de uma herança (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 169).

A renúncia produz efeitos *ex tunc*, restituindo os interessados à situação jurídica que existia quando da morte do autor da herança, momento em que se abriu a sucessão,

fulminando a transmissão automática operada por lei em favor do herdeiro. “Ao renunciante se considera como se não existisse, ou melhor, como se nunca tivesse herdado” (MONTEIRO, 2009, p. 53).

Não é possível, no ordenamento nacional, renunciar a herança em favor de terceiro, tratando-se de ato abdicativo. Não implica em renúncia, todavia, o ato do renunciante transmitir a alguém seus direitos sucessórios, apesar de tal ação ser chamada corriqueiramente de “renúncia translativa”.

O que ocorre nesse caso é uma aceitação da herança que, posteriormente, será cedida de forma gratuita a um terceiro, tratando-se de verdadeira cessão de direitos hereditários.

A renúncia, ao contrário da aceitação, não se presume, nas palavras de Washington de Barros Monteiro (2009, p. 53) “não pode ser inferida de simples conjecturas”. É negócio puro, não prevalecendo se feita por condição ou a termo e requer uma exteriorização escrita da vontade de renunciar, exigindo solenidade e devendo, obrigatoriamente, constar de instrumento público ou termo nos autos.

Sobre a necessidade ou não de a renúncia da herança ser homologada pelo juiz, diverge a doutrina, se, por um lado, Washington de Barros Monteiro entende ser necessário o “aval” judicial, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald o consideram “uma indevida intromissão do Estado na esfera privada” (2015, p. 170).

Para que se opere a renúncia da herança, alguns requisitos devem ser satisfeitos, os quais se verão a seguir.

Primeiramente, quanto ao requisito subjetivo, em relação à pessoa que pratica o ato, observa-se que se exige plena capacidade jurídica, “não somente a genérica, para os atos da vida civil, mas também a de alienar” (DINIZ, 2013, p. 91). Admite-se a efetivação da renúncia por meio de mandatário que possua poderes especiais para tal, por outro lado, em caso de herdeiro incapaz, é vedado ao representante ou assistente praticar o ato de renúncia, sendo necessária a autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

O requisito formal da renúncia da herança trata-se da forma como o ato é realizado, cuidando-se, pois, de negócio solene, “sua validade depende de observância de forma prescrita em lei” (GONÇALVES, 2012, p. 102), devendo ser feita por escritura pública ou termo nos autos.

Nas palavras de Orlando Gomes (2012, p. 25): “a forma, sendo da substância do ato, sua inobservância importa nulidade”.

De maneira excepcional, o sistema jurídico admite um caso de renúncia presumida. Trata-se do disposto no art. 1.913, do Código Civil, *in verbis*: “se o testador ordenar que o

herdeiro ou legatário entregue coisa de sua propriedade a outrem, não o cumprindo ele, entender-se-á que renunciou à herança ou ao legado”. Tratando-se, assim, de exceção à regra de que a renúncia deve ser expressa.

Demais disto, é preciso atentar ainda ao requisito temporal, haja vista que a renúncia só é possível após a abertura da sucessão e antes da partilha do patrimônio que foi transmitido.

Destaque-se que o repúdio à herança não pode prejudicar os credores do renunciante (art. 1.813, do CC/2002), “neste caso podem os credores aceitar a herança renunciada pelo devedor-herdeiro. Tal aceitação é feita com autorização do juiz, em nome do herdeiro, até a quantia suficiente para cobrir o débito” (VENOSA, 2013, p. 22).

Cabe aqui salientar que, assim como na aceitação da herança, a renúncia, por expressa previsão do art. 1.808, do *Codex Civil*, não pode ser formulada sob condição ou a termo e também não pode ser parcial. Tratando-se, portanto, de ato unilateral, puro e simples.

Nesta mesma linha, “preenchidas as formalidades legais, a renúncia é irrevogável, irretratável [...] e definitiva, produzindo efeito imediato, gerando a ficção de não ter o renunciante jamais sido herdeiro” (DINIZ, 2013, p. 97). Malgrado tais características, contudo, em caso de mácula na disposição de vontade expressa quando da renúncia, cabe anulação do ato.

Por fim, verifica-se que, em caso de renúncia, o quinhão do renunciante será acrescido pelos demais herdeiros que fazem parte da mesma classe, neste caso, os herdeiros do renunciante, como regra geral, nada recebem, não havendo, nessa situação, direito de representação.

Mas, se ele for o único [herdeiro] legítimo de sua classe ou se todos os outros da mesma classe renunciarem à herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio. Desse modo, se o herdeiro renunciante é filho único do *de cuius*, seus descendentes de primeiro grau sucedem como se ele houvesse pré-falecido. Se são renunciantes todos os filhos do *auctor successionis*, seus descendentes de primeiro grau herdam por cabeça, dividindo-se a herança, por exemplo, entre dez netos do mesmo de cuius, tendo o primeiro dois filhos, o segundo, três, e o terceiro, cinco, e não em três partes. (GOMES, 2012 p. 26).

Por outro lado, em caso de sucessão testamentária, havendo renúncia da herança deixada pelo *de cuius*, ocorre a caducidade da disposição de vontade expressa em favor do renunciante, não sendo prejudicados os demais herdeiros, apenas não ocorrendo tal efeito caso tenha sido nomeado substituto para o beneficiário, produzindo-se os efeitos em favor deste.

1.4. Sucessão testamentária

A forma testamentária de transmitir relações patrimoniais não é comum entre a população brasileira, especialmente, como indica a doutrina, por três motivos: econômico,

uma vez que a elaboração de um testamento pressupõe a existência de patrimônio a ser transmitido; religioso, pois a cultura nacional encara a elaboração de um testamento, quase como um mau presságio e; jurídico, haja vista que a vocação hereditária contemplou as pessoas que, provavelmente, seriam beneficiadas pelo testador (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 314).

Conforme atesta Washington de Barros Monteiro (2009, p. 122), “podemos asseverar que para dez sucessões legítimas que se abrem ocorre uma única sucessão testamentária”.

O fundamento basilar dessa forma de sucessão é a autonomia privada, sendo a regra geral a plena liberdade de testamento, reconhecendo-se ao titular a livre disposição sobre seus bens. Todavia, o elemento volitivo não pode ser absoluto, devendo ser harmonizado com a proteção da pessoa humana e seus valores essenciais.

Um bom exemplo de limitação ao direito de testar se verifica quando o sucedido possui herdeiros necessários incapazes, “nesse caso, vislumbramos uma natural relativização da autonomia privada, em respeito à dignidade do filho incapaz” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 315). Em sentido oposto, pontuam os autores que a existência de herdeiros maiores e capazes não deveria figurar como limitação à autonomia de vontade do testador, tratando-se de indevida intervenção do Estado na vida privada.

Importante explicar, em meio à acalorada discussão que se instaura acerca da autonomia privada que rege a sucessão testamentária, a própria evolução do conceito de testamento.

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.626 definia testamento como “o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. Tal conceituação se mostra defeituosa, uma vez que “não apenas as disposições patrimoniais formam o conteúdo do testamento. Pode este, com efeito, deixar de referir-se ao patrimônio do testador e limitar-se, por exemplo, ao reconhecimento de filhos” (MONTEIRO, 2009, p. 123).

Na lição de Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 187) “pode o ato conter disposições sem cunho patrimonial, como o reconhecimento de filiação, a nomeação de um tutor ou curador a atribuição de um título honorífico”.

Bem andou, neste rumo, o novel Código Civil, ao suprimir a definição de testamento e passar a dispor, no art. 1.857, §2º, que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”, demonstrando, assim, que o ato pode conter não só a destinação dos bens para após a morte do testador, mas também desígnios de cunho não patrimonial.

Neste prumo, importa destacar a conceituação trazida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 318), os quais concluem que:

[...] o testamento é um negócio jurídico (e, como tal, marcado pela revogabilidade) personalíssimo de manifestação da autonomia privada, pelo qual o titular dispõe do seu patrimônio para depois do seu óbito e, por igual, declara outras vontades de natureza econômica ou não.

Mister salientar que as declarações constantes no testamento e que não dizem respeito à relações patrimoniais, não possuem as mesmas exigências formais destas, não sendo afetadas por eventuais invalidades, caducidade ou mesmo revogação do testamento.

Admite-se, ademais, que o testamento apresente disposições existenciais sobre a pessoa do testador, “é o que se convencionou designar função promocional do testamento” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 320). Entre os apontamentos mais relevantes de tais disposições não patrimoniais estão aquelas que dizem respeito ao corpo do *de cujus*, após a sua morte, conforme autoriza expressamente o art. 14, do CC/2002, excetuando-se o caso de transplante, pois tal situação, conforme esposado no art. 4º da Lei n. 9.434/97, depende da autorização dos familiares do falecido, mostrando-se irrelevante a manifestação de vontade deste, quando vivo.

Outra situação relevante, especialmente para o trabalho em apreço, é a possibilidade de destinar material genético para reprodução medicamente assistida *post mortem*, fato que, por óbvio, acarreta efeitos sucessórios, caso a reprodução efetivamente ocorra.

Ainda no tocante ao testamento em si, importa também destacar suas características mais importantes. Fazendo um apanhado geral, Orlando Gomes (2012, p. 101) assim dispõe: “o testamento é negócio pessoal, unilateral, gratuito, formal, de última vontade, e eminentemente revogável”.

Por se tratar de ato personalíssimo (*intuitu personae*) – consoante expressamente disposto no art. 1.858, do CC/2002, primeira parte –, o testamento não pode ser realizado por procurador, nem mesmo se este tiver poderes especiais. Deriva dessa característica a vedação ao testamento conjuntivo, no qual duas ou mais pessoas estabelecem disposições testamentárias conjuntamente.

O testamento constitui negócio unilateral, aperfeiçoando-se com uma única manifestação de vontade: a do testador. “Não tem o beneficiário de intervir para a sua perfeição e validade” (GONÇALVES, 2012, p. 230), mesmo que ocorra a renúncia quando da abertura da sucessão, o negócio já se aperfeiçoou.

Também é negócio jurídico gratuito (ou benéfico), uma vez que a disposição feita sobre os bens não tem contrapartida, tratando-se, para os beneficiários, de enriquecimento sem qualquer ônus.

Outra particularidade do testamento é sua solenidade, uma vez que o ato apenas terá validade em sendo observadas todas as formalidades dispostas em lei, as quais “não podem ser decuradas ou postergadas, sob pena de nulidade” (MONTEIRO, 2009, p. 124). Tais formalismos visam assegurar a autenticidade e veracidade do ato e a liberdade do testador.

Nesse ponto, insta destacar o princípio da conservação dos negócios jurídicos, também aplicável ao testamento, pelo qual a vontade manifestada, sempre que possível, deve ser preservada. Em razão do citado princípio, parte da doutrina vem entendendo que a substância do testamento, seu conteúdo, não pode ser sacrificado em razão do apego formalista, devendo ser prestigiada a intenção do testador, mesmo que isto implique em flexibilização das formalidades.

Ainda acerca das características do testamento, imperioso ressaltar sua revogabilidade, novamente disposta no art. 1.858, do Código Civil, segunda parte, sendo inválida, nesse sentido, a cláusula que proíbe a revogação.

Permitido que fosse derogar-se a liberdade de revogar, estar-se-ia abrindo perigosa válvula de instabilidade nas relações jurídicas e desvirtuando-se a finalidade do testamento. Uma cláusula de tal teor não invalida o testamento, mas reputa-se como inexistente, ineficaz ou não escrita. (VENOSA, 2013, p. 189).

O testamento, ademais, é ato *causa mortis*, uma vez que produz efeitos apenas depois da morte do testador. Conforme previsão do art. 426, do CC/2002: “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, logo, os chamados pactos sucessórios são vedados pelo ordenamento brasileiro, sendo possível a transmissão de todo um patrimônio apenas por testamento, cujos efeitos apenas ocorrem após o falecimento do *de cujus*.

Após analisar os atributos essenciais do testamento, os quais dizem respeito ao seu conteúdo externo, necessário se faz analisar as dimensões das cláusulas testamentárias, que, em uma análise superficial, nada mais são do que a “derradeira manifestação de vontade do autor da herança” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 366), podendo um instrumento testamentário conter diversas cláusulas que disponham sobre questões diversas.

Inicialmente, urge apontar que a liberdade de estabelecer cláusulas testamentárias encontra limitações no caso de o autor da herança possuir herdeiros necessários, os quais estão elencados nos arts. 1.845 e 1.846, do Código Civil. Nessa situação, o poder de disposição acerca do patrimônio em testamento limita-se à metade do acervo do sucedido, restando a outra metade indisponível.

Não há, por outro lado, restrição legal quanto ao número de herdeiros que podem ser instituídos, bem como a porção atribuída a cada um deles depende da vontade do falecido.

As disposições testamentárias não possuem forma especial, podendo a nomeação dos beneficiários ser pura e simples ou submetida a elementos acidentais. Sobre a primeira forma, leciona Arnaldo Rizzardo (2011, p. 349) que, nesta situação “não existe contraprestação. Apenas institui-se o herdeiro, contemplando-o com uma quota-parte ou um bem específico”.

Em contrapartida, pode ocorrer a imposição de fatores que modelem a eficácia negocial, tornando-a pendente, tratam-se de “elementos acidentais, extrínsecos ao negócio, dele não participando, não o integrando, mas contribuindo decisivamente para a obtenção do resultado almejado” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 368).

Os elementos acidentais previstos na legislação pátria e que podem modelar os efeitos das disposições testamentárias (não se aplicando, portanto, à legítima), são a condição, o termo e o encargo, também chamado de modo.

No caso de ser instituída condição, o sucedido estará subordinando o testamento a um evento futuro e incerto, que, se realizado, efetivará a transmissão. A aquisição do direito pelo herdeiro ou legatário dependerá do implemento da condição, caso esta seja suspensiva, de outra banda, em se tratando de condição resolutiva, “o herdeiro adquire o direito desde a abertura da sucessão, como se fora pura e simples. Porém, se o evento futuro e incerto acontecer, operar-se-á a sua perda, extinguindo-se a eficácia do negócio jurídico” (GONÇALVES, 2012, p. 338).

Importante atentar que, independente da condição imposta, ela deve ser lícita e possível, sob pena de ser reputada não escrita e nula de pleno direito. *In casu*, a nulidade comprometerá apenas aquela disposição específica, não maculando a validade de todo o testamento.

Sobre o termo – evento futuro e certo que é –, assim dispõe o art. 1.898, do Código Civil: “a designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita”. Este artigo reafirma o princípio da *saísine*, segundo o qual a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários, nas palavras de Sílvio Salvo Venosa (2013, p. 259), “o testador não pode fixar data para o início da situação de herdeiro”.

Da mesma forma que ocorre com a condição, caso o testador designe o tempo em que deve começar ou cessar o direito do herdeiro, ter-se-á tal cláusula como não escrita, mantendo a incolumidade das demais, inclusive a própria disposição que instituiu o herdeiro.

Igualmente, “pode a herança ou legado vir subordinado a um encargo ou disposição modal, que o favorecido terá de cumprir, em decorrência natural da aceitação” (GONÇALVES, 2012, p. 342). Ninguém é, todavia, obrigado a aceitar a coisa testada com encargo, caso o faça, deve cumprir a obrigação outrora aceita.

Em razão de sua coercitividade, o cumprimento do encargo pode ser exigido pelo beneficiário deste, pelos sucessores do testador, pelo testamenteiro (aquele que executa a vontade testamentária) e pelo Ministério Público, em caso daquele ser estabelecido em favor da coletividade.

O inadimplemento da obrigação estabelecida como encargo não acarreta a resolução do direito do herdeiro, ou legatário. Resolve-se unicamente no caso de estar prevista a sua caducidade na própria disposição testamentária. O direito do beneficiário é limitado à pretensão de cumprimento específico, do encargo e, não sendo isso possível, à de ressarcimento dos prejuízos. (GOMES, 2012, p. 168).

Ainda no tocante às cláusulas testamentárias, insta explorar aquelas que impõem restrições ao herdeiro ou legatário em relação ao exercício da propriedade destes sobre herança ou legado recebido, quais sejam as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2011, p. 385): “por estas cláusulas [...], fica o herdeiro proibido de transferir o bem, como igualmente perde o direito de dele dispor plenamente, seja a título gratuito, seja a título oneroso”, o sucessor, neste caso “recebe a coisa, mas não poderá livremente dispor dela” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 384).

Consoante disciplinado no art. 1.911, do Código Civil, o fato de recair sobre um bem uma cláusula de inalienabilidade, implica, automaticamente, a impenhorabilidade e incomunicabilidade daquele bem. Tais disposições, conforme mencionado alhures, tem o condão de tornar o bem indisponível para os herdeiros, não podendo, todavia, atingir o interesse dos credores do sucedido.

O poder de clausular do testador foi restringido pelo art. 1.848, do CC/2002, uma vez que este determina que, quanto aos bens que compõem a legítima, só é permitido impor cláusulas restritivas se houver justa causa declarada no ato de última vontade, já com relação ao patrimônio disponível, não impera qualquer limitação.

O §2º do indicado dispositivo legal, por outro lado, mitiga a cláusula restritiva, dispondo que havendo justa causa, pode ser levantada tal disposição, mediante autorização judicial, o que já vinha sendo decidido pelos Tribunais de Justiça Estaduais, em observância aos fins sociais da propriedade e a finalidade de se preservar o patrimônio.

Gize-se, ainda, que a duração da cláusula restritiva imposta em um bem, será determinada pelo próprio testador, em seu ato de liberalidade, estabelecendo aquele o período de restrição dos poderes de propriedade pelo beneficiário.

No caso de silêncio do testador, entende-se que a cláusula restritiva é de uma geração. “Só se permite ônus de duração limitada, não podendo ultrapassar espaço de tempo superior ao de uma vida” (MONTEIRO, 2009, p. 179). Conclui-se, portanto que a cláusula restritiva será, no máximo, vitalícia, não podendo ser perpétua.

Com relação aos pontos mais relevantes da sucessão testamentária, ainda resta tratar acerca da capacidade para testar, ou capacidade testamentária ativa.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2012, p. 213): “a capacidade testamentária ativa é condição da validade jurídica do ato de última vontade, pois para fazer testamento é preciso que o testador seja capaz” e complementa Orlando Gomes (2012, p. 95) que “por testamento podem dispor todos os indivíduos que a lei não declare incapazes de testar”.

Em uma leitura perfunctória do art. 1.860 do *Codex* Civil, conclui-se que não podem elaborar testamento as pessoas jurídicas, os incapazes e as pessoas que não tenham pleno discernimento. De outra banda, consoante disposto no parágrafo único do indigitado artigo, os maiores de dezesseis anos podem testar, não sendo necessário o acompanhamento do assistente para realização do ato.

Acerca da peculiar situação que envolve os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, “é necessário apurar se a alcoolemia ou a toxicomania comprometeu o discernimento mental do titular, a ponto de lhe retirar a exata compreensão do negócio a ser celebrado” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 334).

Elaborado por incapaz, o testamento afigura-se nulo de pleno direito, não havendo possibilidade de posterior ratificação. Igualmente, considerando que “as incapacidades são restritamente as elencadas em lei” (RIZZARDO, 2011, p. 239) e por se tratar de situação excepcional, conclui-se que não pode ser admitida a ampliação do rol dos incapazes, a fim de incluir pessoas que ali não estejam indicadas.

Ademais, a capacidade testamentária ativa deve ser aferida no momento da elaboração do testamento.

Não se examina o estado psíquico do testador nem antes nem depois do testamento, mas no momento do testamento (art. 1.861). A zona fronteira é sempre a mais nebulosa e sempre um grande escolho para o julgador, nesses casos. De qualquer modo, afere-se a capacidade do testador quando do ato: a incapacidade superveniente não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade, segundo os termos do art. 1.861 (VENOSA, 2013, p. 198).

Resta frisar que, no que concerne à capacidade testamentária passiva, ou seja, a capacidade para suceder por testamento, esta já foi tratada no tópico “1.2” deste trabalho, onde se explorou o art. 1.798 do Código Civil, bem como a ampliação do rol de legitimados em relação à sucessão legítima, trazida pelo art. 1.799, do Diploma Civil.

Importa, ademais, apontar que só se permitem “eventuais questionamentos sobre a validade do ato testamentário após o óbito do seu autor” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 338), uma vez que o instrumento testamentário se trata de negócio jurídico *mortis causa*.

1.5. Sucessão legítima

A sucessão legítima, também chamada de sucessão intestada ou *ab intestato*, nada mais é do que o silêncio do autor da herança, objetivando aderir à previsão legal acerca da transmissão patrimonial. Sua premissa basilar é de que o sucedido, uma vez quedando silente, gostaria de beneficiar seus familiares, bem como seu cônjuge ou companheiro, com o patrimônio que deixar quando vier a falecer.

Essa forma de sucessão ocorrerá quando o falecido não dispuser, no todo ou em parte, dos seus bens em testamento válido ou quando não pode dispor de parte do seu patrimônio em razão de possuir herdeiros necessários. Nesse caso se estabelece uma ordem de vocação hereditária, indicando-se, de maneira preferencial e taxativa, as pessoas que serão convocadas para suceder (GOMES, 2012, p. 39).

O Código Civil em vigor dispõe que a sucessão pode se dar por lei ou por disposição de última vontade, sendo aquela subsidiária. Ambas podem, todavia, conviver, “em havendo herdeiro necessário, a quem a lei assegura o direito à legítima, ou quando o testador dispõe apenas de parte de seus bens” (GONÇALVES, 2012, p. 156).

A sucessão legítima, contudo, torna-se impositiva quando o autor da herança possuir herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro). *In casu*, aquele só poderá dispor de metade do patrimônio em testamento, ficando a outra parte bloqueada. A porção patrimonial indisponibilizada chama-se legítima e sua justificação, por óbvio, é a solidariedade social e familiar.

Neste prumo, importante tratar sobre a ordem da vocação hereditária, a qual nada mais é do que a indicação das pessoas que serão chamadas a participar da sucessão por força da lei.

Na sucessão legítima, os herdeiros são convocados segundo uma ordem, “de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente” (DINIZ, 2013, p. 122), tratando-se, assim, de relação preferencial.

Clarividente, porém, que a constante evolução no conceito de família, implicou em modificações na ordem da vocação hereditária ao longo do tempo, até se chegar à legislação civil atual. De maneira ilustrativa, destaca-se a possibilidade de, nas primeiras décadas do século XX, ser chamado à sucessão por força de lei, o colateral até décimo grau.

Em comparação com as diferentes ordens de vocação hereditária já estabelecidas no ordenamento jurídico nacional, observa-se que o cônjuge e o companheiro passaram a ser bastante beneficiados, enquanto o descendente e o ascendente perderam parte de suas frações hereditárias para aqueles. Por fim, verifica-se que a Fazenda Pública deixou de ser considerada herdeira legítima.

O atual art. 1.829 do Código Civil, que trata da sucessão legítima, assim preconiza:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 161) “observa-se, *in casu*, uma falha legislativa, devido à falta de inserção do companheiro na referida ordem, em que deveria estar situado ao lado do cônjuge”. A sucessão do companheiro está disposta no art. 1.790, do CC/2002, artigo este que faz parte das disposições gerais acerca da sucessão.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 208) assim sintetizam as classes sucessórias sequenciais previstas no direito brasileiro:

- i) em *primeiro lugar*, os descendentes, juntamente com o cônjuge ou companheiro sobrevivente; ii) em seguida, os ascendentes, ao lado do cônjuge o do companheiro supérstite; iii) o cônjuge sobrevivente sozinho; iv) os colaterais até o quarto grau, em concorrência com o companheiro supérstite; v) e, finalmente, o companheiro sobrevivente sozinho.

Insta destacar ainda que a leitura do art. 1.829, retro transcrito permite concluir que não existe direito sucessório em favor dos parentes por afinidade, ou seja, o parentesco estabelecido por afinidade entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro consorte, não confere a estes direito de suceder pela sucessão legítima.

Sobre da situação do Estado, ressalta-se que, em caso de falecimento do autor da herança, sem que este deixe testamento e sem que haja herdeiro certo e determinado, o patrimônio será arrecadado, a herança será declarada jacente, nomear-se-á curador especial que ficará responsável pela administração e guarda dos bens, até a entrega futura ao sucessor que se habilitar, ou até ser declarada vacância da herança, sobrevivendo a arrecadação pelo Poder Público.

A jacência não deve ser confundida com a vacância, pois a primeira é apenas uma fase processual que antecede a esta (GONÇALVES, 2012, p. 133).

A herança jacente é uma universalidade de direito, sem personalidade jurídica, administrada por um curador, sob a fiscalização da autoridade judiciária, até que os herdeiros se habilitem ou até que seja declarada a vacância dos bens, tratando-se, pois, de estado temporário. “Por evidente, apresentando-se formalmente, a qualquer tempo, um herdeiro ou legatário, cessa automaticamente a jacência da herança” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 215).

Se, por outro lado, restar frustrada a localização de sucessores, a herança jacente se transmudará em vacante, conforme expressa disposição do art. 1.820, do Código Civil. “A herança vacante é a que é devolvida ao poder público por não haver herdeiros que se habilitassem no período da jacência, sendo, quase sempre, o estado definitivo da herança que foi jacente” (DINIZ, 2013, p. 114).

Observa-se, desta forma, que a regra da *saisine* não se aplica ao Poder Público, uma vez que este só receberá a titularidade de um patrimônio quando lhe for declarada a vacância e não imediatamente, como ocorre com os demais herdeiros.

Ainda no tocante à sucessão legítima, insta explorar a sucessão por direito próprio e por representação. No segundo caso, há uma mitigação da regra de que o grau mais próximo de herdeiros exclui o mais remoto e se permite a presença de classes diferentes em uma mesma sucessão.

Em síntese: o sucessor herda por direito próprio quando, por ser parente do *de cujus*, é o herdeiro mais próximo, sendo chamado para receber “aquilo que lhe cabe como legítimo representante de sua classe sucessória” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 219). Por outro lado, herdará por direito de representação aquele que for “convocado a suceder em lugar de outro herdeiro, parente mais próximo do falecido, mas anteriormente pré-morto, ausente ou incapaz de suceder, no instante em que se abre a sucessão” (MONTEIRO, 2009, p. 116).

A sucessão por representação só se opera na sucessão legítima, conforme disciplinado pelo art. 1.851, do Código Civil. Tal opção se justifica, uma vez que, na sucessão testamentária, o autor da herança pode declinar um substituto caso o beneficiário de determinada cláusula não queira ou não possa receber a vantagem patrimonial a ele conferida.

Igualmente, nas palavras de Maria Helena Diniz (2012, p. 196), “o direito de representação só pode dar-se na linha reta descendente e nunca na linha na linha reta ascendente”, não existindo, todavia, representação do herdeiro renunciante, por expressa vedação do art. 1.811, do CC/2002.

Excepcionalmente o direito de representação pode ocorrer na linha colateral, restringindo-se, nesse caso, aos filhos dos irmãos do autor da herança.

Na linha colateral, o direito de representação somente se concede aos filhos de irmãos. Limita-se, pois, a certos parentes colaterais do terceiro grau. Só se dá, com efeito, em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrem. Em tal hipótese, partilha-se a herança por estirpe. Os filhos do irmão premorto herdam como se fosse ele próprio, recebendo o quinhão que lhe tocaria, se vivo fosse. (GOMES, 2012, p. 63).

Importante identificar ainda alguns pressupostos da sucessão por representação. Inicialmente, verifica-se que esta só ocorre se o representado for pré-morto em relação à abertura da sucessão, excetuadas as hipóteses de indignidade e deserdação. A renúncia, reitera-se, não permite a representação.

Deve haver, em segundo lugar, uma relação de descendência entre o representante e o representado. Exige-se, portanto, uma relação de “encadeamento, ou de continuidade no encadeamento de graus entre representante e representado” (RIZZARDO, 2011, p. 209), não se operando a representação *per saltum*.

Por fim, necessário que exista concorrência entre descendentes de graus diferentes, pois, caso assim não ocorra, tratar-se-ia de sucessão por direito próprio.

Em caso de existirem dois ou mais representantes, conforme dispõe o art. 1.855, do Código Civil, o quinhão do representado partir-se-á por igual entre aqueles. Por esse motivo, os representantes, conjuntamente, não podem herdar mais nem menos do que o herdeiro pré-morto herdaria.

1.5.1. A situação do descendente

Os descendentes são a primeira classe de pessoas sucessíveis, recolhendo, prioritariamente, o acervo hereditário. “A lei contempla genericamente todos os descendentes, e não apenas os filhos do *de cujus*, situando-os, homens ou mulheres, no mesmo pé de igualdade, sem qualquer atenção aos antigos privilégios da varonia e da primogenitura” (MONTEIRO, 2009, p. 88).

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 227), “a continuidade da vida humana é o fundamento precípua desse privilégio hereditário”. Acredita-se, ademais, ser esta a forma mais correta de chamar alguém à sucessão, “pois são os filhos ou netos os parentes unidos ao falecido por um amor mais intenso, por uma afetividade bem viva, e por um sentimento íntimo e natural de proteção de suas pessoas” (RIZZARDO, 2011, p. 165).

Importante destacar que a sucessão do descendente está submetida a duas regras fundamentais, a regra da proximidade e a da igualdade substancial.

Sobre a primeira, urge salientar que a lei, quando traz a ordem da vocação hereditária, enuncia, genericamente, todos os descendentes, porém, a partir da leitura do art. 1.833, do Código Civil, observa-se que os mais próximos excluem de maneira absoluta os mais remotos, ressalvado o direito de representação.

Ante o princípio de que dentro da mesma classe, ou melhor, do mesmo grau, os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados à sucessão *ab intestato* do pai, recebendo cada um (sucessão por cabeça), quota igual da herança (CC, art. 1.834), excluindo-se os demais descendentes, embora não obste a convocação dos filhos de filho falecido do *de cujus* (sucessão por estirpe) por direito de representação (CC, art. 1.833). (DINIZ, 2013, p. 128).

No que concerne à regra da igualdade substancial, importante mencionar que os descendentes não podem receber tratamento diferenciado por qualquer motivo, sob pena de frontal violação constitucional. Tal observação se afigura relevante, uma vez que o total reconhecimento do direito da prole, independente de sua origem, veio apenas com a Constituição Federal de 1988, a qual positivou em seu art. 227, §6º, o princípio da isonomia entre filhos.

Nesta senda, cabe lembrar que o Diploma Civil de 1916 diferenciava a prole em razão de sua origem, classificando-a em legítima e ilegítima, esta, ainda dividida em natural, quando os pais não possuíam impedimento para contrair núpcias, e espúria (adulterina ou incestuosa), caso em que os genitores eram proibidos de casar por força da lei.

Consoante o revogado Código Civil, os descendentes legítimos mereciam toda a proteção sucessória, enquanto que os ilegítimos não eram beneficiados com as mesmas prerrogativas. Tome-se como exemplo que “o filho natural somente receberia quinhão igual ao do filho legítimo se fosse reconhecido antes do casamento do genitor” (GONÇALVES, 2012, p. 165).

Neste mesmo rumo, destaca-se que o filho adotivo não titularizava direito sucessório com relação aos seus pais, pois, uma vez falecidos estes, extinguiu-se a relação de adoção, sendo restabelecido o poder familiar dos pais biológicos.

Com o advento da isonomia garantida constitucionalmente, todavia, “filho, enfim, se tornou substantivo que não comporta adjetivo: filho é filho e só, seja qual for a sua origem” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 228). Ressalvando-se neste ponto, o caso da prole adotiva, cujo adotante faleceu antes de 5 de Outubro de 1988, data em que a Constituição Federal em vigor foi promulgada, situação em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que aquela não tem direito à herança.

Por fim, resta apontar que a isonomia no direito sucessório se aplica apenas na sucessão legítima, não havendo impedimento de que o autor da herança, em testamento, beneficie um de seus descendentes com uma herança ou legado, no limite da parte disponível.

2. PRINCÍPIOS E NORMAS APLICÁVEIS À SUCESSÃO DO DESCENDENTE

Conforme analisado anteriormente, a lei que rege a sucessão de maneira geral é aquela do momento da morte do autor da herança, ou seja, do tempo em que se abre a sucessão.

Este capítulo, contudo, dedicar-se-á a explorar os mais relevantes princípios e normas, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, que afetam de maneira direta a sucessão do descendente.

2.1. A herança como direito fundamental

O Direito Sucessório tem como sua base fundante o direito de propriedade e a função social desta, uma vez que o homem sempre se dedicou a adquirir bens durante a vida e, com a ocorrência da morte, sobreveio a necessidade de tutelar a perpetuação daquele patrimônio adquirido.

Assim, cabe apontar que o direito à herança existe em razão da inevitabilidade de se transmitirem bens, especialmente porque o homem necessita de um estímulo para continuar amealhando patrimônio e conservando o acervo já adquirido, com o objetivo de garantir a seus entes certo conforto para depois de sua partida.

Tal condição conferiu à herança patamar de direito fundamental, previsto constitucionalmente.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2011, p. 12), a herança é “tida como aquele conjunto de bens pertencente ao sucedido, no momento de sua morte, e que são transferidos aos herdeiros legítimos ou testamentários”.

Insta destacar que o direito à herança, conforme indicado alhures, “envolve um conteúdo com significado de propriedade, já que proveniente de *hereditas*, que é formada por *herus*, que se traduz por dono” (RIZZARDO, 2011, p. 12), ou, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 6) “é o desdobramento natural do direito à propriedade privada, que será transmitida com a morte do respectivo titular” e esteve presente no Brasil desde o início da colonização.

O referido instituto vem sendo amplamente discutido e sofrendo ataques ao longo do tempo, tanto por parte dos jusnaturalistas, bem como, mais atualmente, pelos socialistas.

Defendem os primeiros que a sucessão, da mesma forma que a propriedade, não passa de construção do direito positivo, que pode ser eliminado assim que interesse às conveniências sociais. Já de acordo com a doutrina socialista, “a sucessão contraria princípios de justiça e

interesse social” (MONTEIRO, 2009, p. 5), pois gera a desigualdade entre os homens, em razão do acúmulo de riquezas nas mãos de alguns poucos indivíduos.

Os socialistas apontam, ainda, que o trabalho deve ser a única fonte de aquisição de bens, não podendo haver outra, concluindo, portanto, que o patrimônio amealhado durante anos pela pessoa falecida, deve retornar à coletividade, “que lhe dará aplicação mais adequada e mais útil aos interesses sociais” (MONTEIRO, 2009, p. 5).

Todavia, abolindo-se a herança se estaria suprimindo um dos mais poderosos estímulos da atividade humana, qual seja o desejo de transmitir aos descendentes os meios necessários para efetivar o conforto e bem-estar após a partida de seu genitor. Ademais, desaparecendo o interesse pela economia, condenam-se os membros da família ao egoísmo e se elimina a coesão familiar.

Em razão deste e de diversos outros fundamentos, após longa evolução dos direitos de propriedade, entre os quais se encontra o direito à herança, este foi alçado à categoria de direito fundamental, preconizado expressamente no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, o qual dispõe que “é garantido o direito de herança”.

Como ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 6):

Em nosso sistema jurídico, a herança é alçada à altitude de garantia constitucional fundamental, como reza o inciso XXX do art. 5º da *Lex Fundamentallis*. Trata-se, por conseguinte, de cláusula pétrea que não pode ser afrontada, sequer, pelo poder constituinte derivado.

Nesta senda, observa-se que cabe ao legislador ordinário a tarefa de definir as regras de direito material aptas a efetivar a proteção constitucional conferida ao direito de herança, sendo que tal disciplina está expressa no Livro V, do Código Civil de 2002, o qual trata do direito das sucessões.

A herança, como direito fundamental que é, confere ao cidadão a certeza do acesso à propriedade do patrimônio deixado pelo *de cujus*, o que permite aos legitimados a suceder investirem-se na posse e propriedade daqueles bens, com todos os seus elementos, entre eles a livre disposição. Caso assim não fosse, não haveria justificativa para um indivíduo acumular patrimônio durante a vida, senão para que este fosse transmitido aos seus entes queridos após a sua morte.

Importante destacar, neste ponto, que “direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (SILVA, 2010, p. 179).

Ainda, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012, p. 268):

[...] é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que o seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional, assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais.

Assim, incontestável a importância dada pelo constituinte ao direito de herança, quando o alçou ao patamar de direito fundamental.

Importante destacar que, conforme preceitua a Constituição Federal, em seu art. 5º, §1º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e, a despeito de algumas controvérsias “a doutrina e a jurisprudência reconhecem, em termos gerais, que o mandamento da imediata aplicabilidade alcança todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua localização no texto constitucional” (SARLET et al., 2012, p. 313).

Ponto relevante, contudo, observa-se quanto à titularidade de direitos fundamentais nos limites da vida, onde se encontram o nascituro e o embrião. Quando se trata da condição do embrião já em fase gestacional, dentro do útero materno, inegável que aquele titulariza direitos fundamentais, especialmente aqueles inerentes à personalidade, bem como algumas prerrogativas de natureza patrimonial.

Segue-se o debate, todavia, no tocante aos embriões que ainda não foram implantados no útero materno, caso, por exemplo, dos embriões excedentários provenientes de técnicas de reprodução humana medicamente assistida e do concepturo – aquele que virá a ser concebido. *In casu*, a doutrina tem reconhecido, com algumas variações, proteção à vida embrionária extrauterina, bem como uma tutela constitucional e jusfundamental.

Neste norte, afirmam Sarlet, Marinoni e Mitidiero que “tanto o nascituro quanto o embrião situado fora do útero, em virtude de sua vida e dignidade humana, são titulares de direitos fundamentais” (2012, p. 310), entre os quais, o direito à herança.

2.2. Princípio da isonomia entre filhos

O tratamento jurídico concedido à prole pela Constituição Federal de 1988 pôs fim a um longo processo de discriminações que marcou a legislação brasileira.

Até o advento daquela conhecida como Constituição “cidadã”, “filho era exclusivamente o ser nascido 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher, ou 300 dias depois do fim do relacionamento” (DIAS, 2015, p. 386).

Explorando a evolução histórica da filiação, cabe apontar que, antes do Diploma Civil de 1916, as Ordenações Portuguesas que disciplinavam a solução de conflitos no Brasil à

época, vislumbravam o instituto da filiação como um favor concedido aos filhos e um meio de eximir a consciência dos genitores, melhorando “a sorte dos inocentes frutos de seus erros” (Ordenações Filipinas, Livro II, Título XXXV, §12).

Ademais, tal regulamentação jurídica, também conforme expressa disposição das Ordenações Filipinas, apenas alcançava os filhos legítimos e os naturais, nascidos de pessoas casadas entre si, pois a prole designada de “espúria”, carregava as más qualidades de seus genitores.

Destacam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 572): “lembrando a frase de Napoleão Bonaparte: ‘a sociedade não tem interesse em que os bastardos sejam reconhecidos’”. Tal precariedade no tratamento jurídico aos filhos concebidos fora do casamento demonstra a importância dada à família matrimonializada.

Prosseguindo no tempo, embora o Código Civil de 1916 não trouxesse, em seu projeto primitivo elaborado por Clóvis Beviláqua, disposições tão discriminatórias, “no Congresso Nacional foi acrescida a proibição de reconhecimento de filhos espúrios – adulterinos ou incestuosos – com base em motivos morais e na manutenção do matrimônio” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 572).

O tratamento, à época, era de tal modo discriminatório que, mesmo se quisesse, um homem casado não poderia reconhecer o filho nascido de um relacionamento extraconjugal.

Fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adulterinos. Essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, do fato de a prole proceder ou não de genitores casados entre si. Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência (DIAS, 2015, p. 387).

Importante, neste ponto, conceituar cada uma das classificações concedidas à prole, pelo Diploma Civil de 1916.

Filho legítimo era aquele concebido na constância do casamento, enquanto o ilegítimo seria o advindo de relações extraconjugais, neste segundo caso, o genitor era quem cometia o adultério – tipificado como crime naquela época –, porém, era a prole concebida pela infração ao dever de fidelidade quem arcava com o ônus de tal situação.

Como apontado, os filhos ilegítimos, ou seja, concebidos fora da relação matrimonial, classificavam-se como naturais, caso em que, entre os genitores, não havia impedimento para o casamento, e espúrios, quando um dos pais, ou ambos, em razão de já estarem casados, ou por questões de parentesco, o matrimônio não poderia ocorrer.

Atenta-se, portanto, que a filiação dita espúria, era decorrente de uma relação censurável à época, moral e legalmente, enquanto a filiação ilegítima natural decorria de pessoas que não eram casadas, mas, caso quisessem, poderiam sê-lo (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 573).

Urge explorar, como indicado anteriormente, que os filhos espúrios poderiam, ainda, ser classificados como adulterinos, como a própria denominação indica, caso adviessem do adultério, seja pelo genitor ou pela genitora, ou incestuosos, os quais eram oriundos da união de pessoas impedidas de contrair núpcias em razão do grau de parentesco havido entre elas, quer fosse natural, ou civil, em linha reta, infinitamente, ou em linha colateral, até o terceiro grau.

A fim de garantir a prevalência do matrimônio, “o nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai” (DIAS, 2015, p. 387), ou ainda, como aponta Sílvia de Salvo Venosa (2013, p. 121), “a discriminação absoluta com relação aos adulterinos e incestuosos colocava-os como se tivessem alguma responsabilidade por terem assim sido concebidos; eram indivíduos absolutamente à margem da família”.

Insta destacar que, no campo do direito das sucessões, o Código Civil de 1916, em sua redação original, trazia, de um lado, sempre com todos os direitos resguardados, a prole legítima e, de outro, os filhos naturais e adotivos. Conforme o art. 1.605, do *Codex Civil* revogado, os descendentes adotivos de casais que não tinham filhos e aqueles legitimados, eram equiparados aos legítimos, enquanto que, à prole incestuosa ou adulterina, não era reconhecido direito sucessório algum.

Destaque-se que, o advento de duas normas, quais sejam o Decreto-lei n. 4.737/1942 e a Lei n. 883/1949, “permitiu, juridicamente, o reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento pelo homem casado” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 573). Tal reconhecimento, porém, apenas poderia se dar após a dissolução do matrimônio do genitor, conforme expressamente previsto no art. 1º, da norma editada no ano de 1949.

O máximo a que se chegou foi conceder o direito de investigar a paternidade para o fim único de buscar alimentos, tramitando a ação em segredo de justiça. Ainda assim, tais filhos eram registrados como filhos ilegítimos e só tinham direito, a título de amparo social, à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado. (DIAS, 2015, p. 388).

Ao passo que a sociedade passou a evoluir e se despir de preconceitos, atentando para a realidade social “foram surgindo, na lei, princípios tendentes a minimizar a situação de inferioridade e a distinção quanto à origem das proles” (VENOSA, 2013, p. 121).

Em meio a este contexto de evolução social foi promulgada a Lei n. 6.515/1977, também conhecida como Lei do Divórcio, a qual, modificando a redação original do art. 2º, da Lei n. 883/1949, garantiu, em igualdade de condições, o direito à herança a todos os filhos. Ademais, acrescentando um parágrafo único ao art. 1º, “admitiu a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do casamento exclusivamente por testamento cerrado” (DIAS, 2015, p. 388).

Da simples leitura das modificações apontadas, conclui-se que o principal avanço da Lei do Divórcio foi vedar qualquer menção à filiação ilegítima do registro civil, acompanhando o legislador a latente evolução social.

Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1988 é que, definitivamente, rechaçou-se a distinção de direitos em razão da origem da prole, consagrando-se a isonomia no tratamento jurídico dos descendentes.

Evidente que a disciplina anteriormente conferida ao instituto da filiação, baseada na existência ou não de casamento entre os genitores, preocupava-se tão somente com a transmissão do patrimônio amealhado durante a constância do matrimônio. O acervo patrimonial deveria continuar concentrado no núcleo familiar, criado com a celebração do casamento, sendo posteriormente transmitido aos descendentes frutos da união legítima dos genitores, aos quais incumbia dar continuidade às relações dos pais (VENOSA, 2005, p. 246).

Em texto de clareza solar, todavia, a atual Carta Magna preceitua, em seu art. 227, §6º que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”.

Neste ponto, ilustram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 129): “a incidência da isonomia tem o condão de impedir distinções entre filhos fundadas na natureza do vínculo que une os genitores (se casados ou em união estável ou em união homossexual), além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou não”, concretizando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A chancela final da constante evolução legislativa no tocante à isonomia entre os descendentes veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como com o advento do atual Código Civil, em 2002.

A Lei n. 8.069/90, em seu art. 27, dispõe expressamente que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição” e, no art. 26, enumera as maneiras de se ver reconhecido o filho havido fora da constância do casamento, apontando,

inclusive, que tal reconhecimento pode “preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”.

O Código Civil de 2002, por fim, recepcionou a isonomia preconizada pela Constituição Federal, prevendo, em seu art. 1.596, que os filhos, independente de sua origem, seja ela a relação de matrimônio ou não, “terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, insistindo em manter, todavia, presunções de paternidade e, “além de repetir o elenco da legislação pretérita, foram criadas novas presunções nas hipóteses de inseminação artificial” (DIAS, 2015, p. 388).

2.3. A presunção legal de paternidade

Diante da pluralidade filiatória, reconhecida após a evolução legislativa chancelada com a Constituição Federal, em 1988, e o Código Civil de 2002, distinguem-se três critérios para determinar a filiação, quais sejam: critério legal ou jurídico, “fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 590), critério biológico, alicerçado no vínculo genético entre a prole e os genitores e o critério socioafetivo, cuja base fundante é o laço de amor e solidariedade construído entre os indivíduos.

Não existe hierarquia entre os critérios indicados, não podendo se falar, portanto, em uma norma precisa capaz de definir “quem é o pai”, tampouco cabe estabelecer um parâmetro que se sobreponha aos demais, diante da possibilidade, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, de multiparentalidade. Nesse caso, defende-se que “a filiação socioafetiva não pode eliminar a possibilidade de filiação biológica porque se tratam de critérios diferentes e, em razão disso, podem coexistir simultaneamente” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 623).

Ao longo deste tópico, abordar-se-á a presunção legal de paternidade, a qual, apesar de instituída pelo legislador, não deve ser tomada como absoluta, devendo sempre prevalecer a situação verificada no caso concreto.

O Direito Romano, ao tentar emprestar estabilidade ao núcleo familiar, concretizou a expressão latina *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, a qual, em síntese, disciplina que “independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos” (DIAS, 2015, p. 392).

Tal sistema de presunção de filiação era, por óbvio, intimamente conectado com a preservação do casamento, tomando por base a concepção de uma família centrada naquele instituto, quase que abolindo outras manifestações afetivas. Ocorre que, as ideias fundadas na

presunção de paternidade decorrentes do matrimônio se tornaram obsoletas para o Direito Civil, face a viabilidade da reprodução humana medicamente assistida.

Em outros tempos, as presunções encontravam guarida em um cenário no qual a esposa, dominada, não tinha margem para colocar em dúvida o genitor de sua prole. A mulher deveria casar-se virgem, retornando assim à condição de incapaz, sendo representada em todos os atos pelo cônjuge varão, não lhe sendo permitido sequer trabalhar, sendo sua função apenas cuidar do marido e da prole. Em tais condições é “claro que os seus filhos só podiam ser filhos do marido” (DIAS, 2015, p. 393).

No Código Civil atual, apesar de mantidas as presunções de filiação, “não há dúvida quanto ao caráter relativo (*juris tantum*) delas, comportando, naturalmente, prova em contrário” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 593).

O art. 1.597, do CC/2002, em seus cinco incisos, previu tanto a filiação decorrente de fecundação sexual (incisos I e II), quanto aquela resultante da reprodução medicamente assistida (incisos III, IV e V). Todavia, incorreu em erro a legislação civil ao não prever expressamente a incidência da presunção legal de filiação fora da relação matrimonial. “Tal leva boa parte da doutrina a afirmar que a presunção *pater est* só existe no casamento” (DIAS, 2015, p. 393).

A exclusão, no texto legal, do instituto da união estável entre as hipóteses de presunção de filiação se mostra, contudo, absolutamente injustificada, uma vez que ambas as entidades familiares recebem proteção constitucional especial. Doutrina e jurisprudência, por sua vez, são quase unânimes ao reconhecer a desarrazoada omissão legal, inclinando-se no sentido de que as presunções estabelecidas no art. 1.597, do Código Civil, a despeito da expressão “na constância do casamento”, aplicam-se também às relações de união estável (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 593).

Inegável, porém, que ao excluir a presunção *pater is est* do instituto da união estável, a despeito da vedação constitucional a qualquer forma de discriminação entre os filhos, subsiste na legislação civil uma diferenciação – teórica e prática – baseada exclusivamente na espécie de núcleo familiar formado pelos genitores.

Ao aplicar a presunção de paternidade somente no casamento, está o Código Civil criando duas diferentes categorias de filhos: os filhos de pessoas casadas (que gozam de presunção e podem exigir, automaticamente, os seus direitos decorrentes do parentesco paterno) e os filhos de mulheres não casadas (que, não dispondo da presunção, precisam investigar a paternidade, aguardar a decisão judicial para, somente então, exigir os direitos respectivos). (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 594).

Contudo, confirmando o entendimento de que, diante do flagrante tratamento discriminatório, a norma deve ser interpretada em conformidade com a Constituição, a

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.194.059/SP, sedimentou que “... em homenagem ao texto constitucional (art. 226, §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável”.

Analisando-se o art. 1.597, do Diploma Civil, observa-se que este, inicialmente, trata “de questões mais primárias, relativas à concepção resultante de relação sexual” (RIZZARDO, 2011, p. 348), versando acerca da presunção de paternidade no casamento, a qual vigora para os nascimentos ocorridos dentro de certo interregno temporal, “correspondente ao período em que é possível conciliar com a decorrência de relacionamentos sexuais do casal” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 597). Tais prazos, todavia, não correspondem com a média fixada pela ciência.

Consoante preceitua o inciso I, do citado dispositivo legal, serão presumivelmente concebidos na constância do casamento os filhos “nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal”. A regra aqui insculpida decorre do pressuposto de que o nascimento pode ocorrer a partir do final do sexto mês a contar da fecundação, a qual dá início ao prazo de duração da gravidez.

Vale, *in casu*, destacar dois pontos importantes: primeiramente, verifica-se que a contagem do prazo indicado inicia com a convivência conjugal e não com a efetiva celebração do matrimônio; segundo, tem-se que o nascimento ocorrido após seis meses de gestação é prematuro, gerando inclusive sérios riscos para o filho, todavia, caso constatado que a prole, nascida após tal período, apresenta “idade compatível com um período de gestação superior a cento e oitenta dias, é derruída a presunção” (RIZZARDO, 2011, p. 349).

Relembra-se, igualmente, que a lei estende o vínculo de filiação para período compreendido após o término do casamento ou da união estável. De acordo com tal disposição, “presume-se filho do casal, se o nascimento ocorreu até 300 dias (10 meses) subsequentes à dissolução da sociedade conjugal (CC 1.597 II)” (DIAS, 2015, p. 394). Tal prazo legal deve ser aferido, por óbvio, da separação de fato e não necessariamente do divórcio ou da invalidação do casamento ou da união estável.

Decorre de tal presunção de paternidade a vedação estabelecida no art. 1.523, inciso II, do Código Civil, o qual dispõe que não deve casar a mulher antes de passados dez meses do término do seu matrimônio anterior. Apenas em caso de nascimento anterior do filho ou prova de inexistência de gravidez, fica dispensado o prazo.

Não se pode olvidar, porém, a necessária adaptação desse sistema de presunções à realidade da evolução científica, concluindo-se, portanto, que os incisos I e II do art. 1.597, do Código Civil são de pouquíssima importância prática, especialmente porque “não há pessoa que, tendo alguma dúvida sobre o estado de filiação, deixe de utilizar a precisão, quase absoluta, do DNA para acolher a presunção *pater is est*, com toda a sua incerteza” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 598).

Outrossim, havendo dúvidas sobre a paternidade, evidente que caso haja um conflito entre a presunção legal e a filiação biológica, verificada por meio de perícia médica, prevalecerá a segunda, porquanto se trate de presunção *juris tantum*, fato que corrobora ainda mais sua falta de utilidade nos dias atuais.

No que diz respeito à aplicação da presunção de paternidade na reprodução humana medicamente assistida, prevista nos incisos III a V do art. 1.597, do CC/2002, insta, inicialmente, tecer breves considerações acerca de tal forma de reprodução.

A procriação medicamente assistida possui duas espécies principais, em uma delas, a inseminação artificial, o procedimento é realizado com “a colocação direta do espermatozoide no útero da mulher, injetando-o no óvulo” (RIZZARDO, 2011, p. 350), *in casu*, a fecundação ocorre no interior do corpo da mulher.

Já a fertilização *in vitro*, ou fertilização na proveta, segunda espécie de reprodução assistida, ocorre quando a concepção se dá em laboratório, ou seja, fora do útero feminino, sendo posteriormente implantados os embriões já fecundados.

Ambas as técnicas indicadas podem se concretizar de maneira homóloga ou heteróloga. “Denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho” (VENOSA, 2005, p. 256).

A partir dessas ideias principais, urge destacar, no tocante à fertilização heteróloga, que nesta há a participação de terceiro, sempre a título gratuito. Assim, o médico realiza a fertilização, trabalhando com sêmen e/ou óvulo de terceira pessoa, optando por uma das técnicas de reprodução assistida. Desta feita, a prole concebida de maneira heteróloga, havendo a expressa concordância do marido ou companheiro, será presumivelmente filha de quem autorizou a realização do procedimento (RIZZARDO, 2011, p. 351).

Ora, considerando o princípio do anonimato (também chamado de sigilo) do doador de sêmen, proclamado pela Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (item IV-2 e 3), é fácil perceber que o motivo gerador da vedação à utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga em mulheres não casadas ou em união estável foi obstar o nascimento de filhos sem pai. Isto porque, vedado o conhecimento mútuo entre doadores e receptores, se não fosse casada ou convivente a paciente, o filho nasceria sem poder conhecer o pai. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 599).

Apresentadas ideias gerais acerca das espécies de procriação assistida mais comuns e a diferenciação entre a fertilização homóloga e heteróloga, importa explorar a presunção *pater is est* em cada uma destas.

No tocante à presunção decorrente das técnicas de reprodução medicamente assistida homólogas - “com material genético do casal, colhido com consenso recíproco” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 603), a previsão encontra-se positivada nos incisos III e IV, do art. 1.597, do Código Civil.

Quanto ao inciso III, este não faz distinção quanto ao falecimento ou não do marido, fazendo-se necessário, naquele caso, que o sêmen tenha sido preservado criogenicamente e venha a ser implantado no corpo da mulher após o óbito do consorte.

Observe-se que, em que pese o mencionado dispositivo não fazer referência à necessidade de prévia autorização do marido ou companheiro para uso de seus gametas após o óbito, tal se afigura imprescindível, motivo pelo qual, restou consolidado o entendimento do Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil, abaixo transcrito:

Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Em caso de descumprimento de tais indicações, não mais incidirá a presunção de paternidade, o que não impede, porém, que o filho ajuíze uma ação de investigação de paternidade após o falecimento do genitor, para ver reconhecido seu estado filiatório.

A outra situação referente à fecundação homóloga – art. 1.597, inciso IV, do Código Civil –, trata dos embriões excedentários, neste caso, “o pai cede o sêmen, que é injetado em óvulos. Coloca-se um deles no útero. Os demais são guardados em local apropriado, para a posterior colocação no útero materno” (RIZZARDO, 2011, p. 351), não sendo necessário que o nascimento ocorra na constância do casamento.

Conforme disposição expressa do art. 5º, inciso III, da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), os embriões excedentários serão preservados pelo prazo máximo de três anos, salvo prazo superior estipulado pelas partes, antes de ser destinados a pesquisa com células-tronco embrionárias. Durante esse lapso temporal, o casal poderá realizar uma nova fecundação, utilizando-se dos embriões criogenizados, resultando presumida a paternidade do filho que virá a nascer.

Destaca-se, neste ponto, o Enunciado 107 das Jornadas de Direito Civil, o qual dispõe acerca da presunção de paternidade no caso de embriões excedentários:

Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Ratifica-se aqui o apontado anteriormente: caso a mulher venha a utilizar os embriões excedentários, sem anuência de seu consorte, “embora não seja caso da presunção, poderá a filiação ser determinada pelo critério biológico, não ficando o filho sem pai” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 605).

Por fim, cabe destacar ainda a presunção de paternidade decorrente da fertilização heteróloga, a qual está prevista expressamente no art. 1.597, inciso V, do CC/2002. *In casu*, “é reconhecida a filiação mesmo diante da certeza da inexistência de filiação biológica” (DIAS, 2015, p. 395), haja vista que, nesta hipótese “o material masculino, em razão da incapacidade do marido em procriar, é cedido por outro homem, havendo expressa concordância daquele” (RIZZARDO, 2011, p. 351).

Insta ressaltar que a legislação não exige que o marido que consentiu com a técnica de reprodução humana heteróloga seja impedido de ter filhos, a única exigência que se faz é de que haja anuência expressa daquele, a qual deve ser escrita, conforme disposto na Resolução n. 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina.

Nesse rumo, assinala-se que esta mesma normativa ainda permite o uso de técnicas de reprodução humana medicamente assistida por casais homossexuais e mesmo pessoas solteiras, o que fulmina por completo qualquer necessidade de prova de infertilidade para que alguém se submeta ao procedimento.

A presunção de paternidade daquele que consentiu com o uso de material genético de terceiro para gerar sua prole, justifica-se, também, em razão do anonimato garantido ao doador. Evidente que esta condição não é absoluta, podendo ser relativizada em casos muito específicos, como para tratamento de saúde, por exemplo, sendo necessária decisão judicial para quebrar o sigilo que recai sobre a identidade do doador. O que não se permite, *in casu*, é que a prole gerada por fertilização heteróloga, promova uma ação de investigação de paternidade a fim de identificar seu “pai” biológico.

A concordância do marido ou companheiro apresenta-se como “uma espécie de reconhecimento prévio de filho” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 607), tratando-se de típico caso de filiação socioafetiva, não se admitindo impugnar tal presunção de paternidade com base na prova pericial biológica, uma vez que a presunção prevista no inciso V do art. 1.597, do Código Civil é a única que se mostra absoluta, conforme sedimentado no Enunciado 258, das Jornadas de Direito Civil.

Importa, por fim, pontuar a crítica de Maria Berenice Dias (2015, p. 396) à analisada norma do Diploma Civil. Segundo a autora, “a permanência desse dispositivo causa profundo mal-estar”, pois hoje há grande facilidade em se identificar a origem da filiação, tratando-se o artigo analisado apenas de mecanismo estatal “para que os filhos integrem estruturas familiares” (DIAS, 2015, p. 392), às quais se tenta emprestar estabilidade.

2.4. Direito ao planejamento familiar

Ao longo dos tempos verificou-se uma tendência do legislador, acompanhando a evolução da sociedade, de garantir cada vez mais proteção aos núcleos familiares e ao instituto da filiação e, fazendo jus a tal disposição, o direito ao planejamento familiar foi alçado à condição de direito fundamental.

Pois bem, o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção. Há de se levar em conta, ainda, os problemas que decorrem, naturalmente, do crescimento demográfico desordenado e, por isso, ao Poder Público compete propiciar recursos educacionais e científicos para a implementação do planejamento familiar. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 587).

Entre o Brasil colônia, onde vigiam as Ordenações Filipinas, até o início da República, período em que foi editado o Código Civil de 1916, vigorava no país um sistema patriarcal, em que “as únicas funções da mulher eram a procriação, os afazeres domésticos e os cuidados com a família” (CARDIN, p. 3).

A partir de 1930, várias leis foram criadas, dando início à proteção da família, também na década de 30, a partir do pós-guerra, o Estado passou a adotar uma postura pró-natalista, ao mesmo tempo em que, no cenário internacional, tomavam corpo as ideias de Thomas Malthus, acerca dos perigos da superpopulação.

As constituições de 1937 e 1946 trouxeram consideráveis mudanças, aquela, disciplinou que os pais passariam a ter o dever de prover material, moral e intelectualmente sua prole. Esta, por sua vez, positivou o amparo estatal às famílias com vários filhos, e garantindo aos núcleos familiares especial proteção (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 567).

Em 1965, uma equipe multidisciplinar, formada por médicos, economistas, sociólogos e aplicadores do direito formaram a Sociedade Civil Bem-estar Familiar do Brasil (BEMFAM), com o objetivo de conscientizar a população acerca dos métodos contraceptivos, associando o planejamento familiar e a paternidade responsável. Investindo, inclusive, entre os anos de 1978 e 1984, mais de 13 milhões de dólares em programas de planejamento familiar e distribuição em massa de contraceptivos orais (CARDIN, p. 4).

Posteriormente, o Ministério da Saúde, no ano de 1970, implementou o Programa de Saúde Materno-Infantil, abordando o planejamento familiar sob o aspecto da paternidade responsável. Foi, contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, que o planejamento passou a receber especial proteção, ganhando *status* de direito fundamental.

A Carta Magna, em seu art. 226, §7º, assim dispõe: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Da leitura do citado dispositivo constitucional, observa-se que no tocante ao planejamento familiar, “caberá, sempre, ao casal (cônjuges ou companheiros) a escolha dos critérios e dos modos de agir” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 588), ficando a cargo do Estado apenas ações preventivas e que garantam acesso igualitário à informação, técnicas e meios disponíveis para regular a fecundidade, cuja natureza é meramente promocional e não coercitiva.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 392) “cabe lembrar que o planejamento familiar é livre (CF 226, §7.º), não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições”.

No mesmo rumo, colhe-se de trecho do voto do Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC:

Tanto a dignidade humana, quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte.

Com o intuito de regular a norma constitucional multicitada, foi editada a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, trazendo, em seu art. 2º o conceito de planejamento familiar, qual seja “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” e estendendo tal direito a todo cidadão, nos termos do art. 1º.

Em que pese se tratar de “legislação mais voltada à implementação de políticas públicas de controle de natalidade” (DIAS, 2014, p. 392), em seu art. 3º, a normativa indicada também assegurou o planejamento familiar monoparental e disciplinou, no art. 9º, que para exercer esse direito “serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e

contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

Apesar de enunciar ações *preventivas* de planejamento familiar (o que implicaria, na mais simples percepção, em programas de educação e orientação sexual, divulgação e fornecimento de métodos contraceptivos, etc.), o que tem ganhado efetiva utilização, como mecanismo de planejamento familiar em nosso país, é a possibilidade de esterilização humana artificialmente determinada, através do emprego de técnicas específicas, em pessoa do sexo masculino ou feminino, para obstar a ocorrência de fecundação e procriação. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 588).

O planejamento familiar, por outro lado, também significa a realização do projeto de parentalidade e, como obrigação imposta ao Estado, traz consigo o reconhecimento de um direito constitucional também à concepção (não apenas à contracepção). Um direito de ser pai e mãe seja por meios naturais ou artificiais (FARIAS; ROSENVALD, 2014).

Observa-se, assim que a utilização dos métodos de reprodução humana assistida também é igualmente garantida constitucionalmente, especialmente quando se enfrentam os distúrbios da função reprodutora como problema de saúde pública, obrigando o Estado a garantir o acesso ao tratamento da esterilidade e meios de reprodução para que seja possível transpor tal condição.

Neste norte, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 0800300-60.2013.8.02.0900, entendeu que a realização de técnica de reprodução humana assistida, por óbvio, refere-se à concretização do direito ao planejamento familiar, devendo, assim, ser custeada por plano de saúde. Ressaltando ainda as peculiaridades do caso analisado, em que a agravante sofreu três perdas obstétricas, tornando-se obrigatório o tratamento sugerido pelo médico, para que os genitores concretizassem seu direito constitucional de se tornarem pais.

2.5. Princípio da paternidade responsável

A Constituição Federal de 1988 disciplinou, em seu art. 226, que a família é a base da sociedade e, ainda no mesmo dispositivo, agora no §7º, determinou que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, fundando-se tal instituto nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Este último, além de previsão constitucional, também foi regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – de 1990 –, em seus artigos 3º e 4º, os quais não nomeiam especificamente tal instituto, mas estabelecem os direitos fundamentais das crianças e adolescentes e os deveres “da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público” para que esses direitos sejam garantidos.

No mesmo rumo, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil no ano seguinte, dispõe que “a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

Em constante evolução, visando dar maior efetividade ao exercício do direito de filiação e, neste norte, firmar a obrigatoriedade da observância do princípio da paternidade responsável, em 1992, sobreveio a Lei n. 8.560, preconizando a irrevogabilidade do reconhecimento da prole e enunciando as formas com que ele poderia ocorrer.

Em 1991, com a Lei n. 8.560, a garantia da paternidade responsável em seu art. 2º, §1º, se dá com a mera declaração em cartório pela mãe, no registro de seu filho, cabendo ao “pai” se em sua negativa, submeter-se ao exame de DNA, sendo a sua resistência em submeter-se ao exame, confissão ficta, estabelecendo-se assim a relação, pelo julgado, paterno-filial. (FRASCARI, 2003, p. 72)

Importante destacar, neste ponto em especial, uma louvável iniciativa, criada em 4 de julho de 2004, na cidade de Lages/SC: o “Instituto Paternidade Responsável”, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, formada por uma equipe multidisciplinar, que foi criada com o intuito de dar efetividade à Lei n. 8.506/92 e possibilitar uma alternativa à via judicial para se chegar ao reconhecimento da paternidade, porquanto, conforme expresso nos próprios valores da instituição, “não basta somente registrar, tem que conviver, respeitar e amar o filho”.

Posteriormente, no art. 1566, inciso IV, o Código Civil de 2002 disciplinou que é dever de ambos os cônjuges – inclua-se aqui, por óbvio, todos os núcleos familiares hoje reconhecidos, não apenas aqueles formados por pessoas casadas – o “sustento, guarda e educação dos filhos”, obrigações estas inerentes ao princípio da paternidade responsável.

A paternidade responsável pode ser conceituada como “a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos”. (CARDIN, p. 6).

O multicitado princípio, como o próprio nome já diz, significa responsabilidade, a qual deve se iniciar desde o planejamento parental ou mesmo da concepção, em caso de uma gravidez não planejada, e se estender até que seja justificável que a prole seja acompanhada pelos genitores – incluindo aqui período após o falecimento destes –, respeitando-se, desta forma, a disciplina do art. 227, da Constituição Federal.

A partir da leitura do dispositivo constitucional indicado, observa-se que a paternidade responsável está inserida no direito ao estado de filiação, pois deve ser assegurada à criança e ao adolescente, tanto pela família, quanto pela sociedade e, especialmente, pelo Estado, o direito à convivência familiar, sem discriminação.

Neste prumo, verifica-se, ainda, que o instituto em apresso também guarda ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana – este expresso na Carta Magna de 1988, no art. 1º, inciso III –, pois, como base da comunidade familiar que é, garante o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros das famílias, em especial as crianças e adolescentes (CARDIN, P. 8).

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 131), “é possível extrair da *ratio* constitucional uma opção pela responsabilidade familiar como princípio norteador das relações familiares”.

O Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC, em emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a possibilidade de reconhecimento da filiação biológica concomitantemente à paternidade socioafetiva, juntamente com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, também abordou o tema da paternidade responsável e do voto de sua lavra extraem-se os seguintes excertos que muito se coadunam com os apontamentos feitos:

A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

[...]

O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição.

[...]

Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. “(...) Tanto é este o caminho que já há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado” (Manual de Direito das Famílias. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 370). Tem-se, com isso, a solução necessária ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

A partir das considerações acerca do princípio da paternidade responsável, observa-se que este instituto possui ampla aplicação no campo do direito sucessório e, especialmente, no tema abordado no presente trabalho, uma vez que, vindo a nascer a prole, concebida por meio de técnica de reprodução assistida homóloga, realizada após a morte do genitor, não se pode olvidar que o multicitado princípio ainda deve ser observado, pois o filho que será gerado terá o direito de ser assistido e amparado moral e financeiramente, dever este inerente ao núcleo familiar em que vier a se inserir.

3. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E SEU REFLEXO NO DIREITO SUCESSÓRIO

As técnicas de reprodução humana medicamente assistida, caracterizadas pela intervenção do homem no processo de procriação natural, vêm ganhando espaço como alternativa capaz de garantir o projeto de parentalidade daqueles casais que, por algum motivo, não podem gerar um filho por meio da relação sexual. Contudo, a utilização de tais procedimentos culmina em problemas jurídicos de difícil solução, uma vez que o ordenamento nacional é incipiente em relação ao tema.

Como leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 400), “a enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas procriativas”.

Nesse norte, observa-se que mesmo com a constante evolução das técnicas de reprodução assistida – entre elas a inseminação artificial, fertilização *in vitro* e mesmo a mãe de substituição – a única norma que norteia essas práticas é a Resolução n. 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, a qual revogou *in totum* a Resolução n. 2.013/2013, após apenas três anos de vigência desta.

Porém, assim como todas as normativas anteriormente editadas pelo CFM, a resolução de 2015 “trata apenas de aspectos éticos da classe médica em relação à reprodução assistida, não podendo ser utilizada como norma de conduta geral visto ser bastante limitada” (SILVA, 2003, p. 242).

Tais disposições não tratam de maneira abrangente de todas as situações que podem decorrer do uso das técnicas de reprodução humana medicamente assistida, não havendo, por óbvio, qualquer menção ao direito sucessório da prole concebida por meio de tais procedimentos, tema que será abordado no decorrer deste capítulo.

Assinalam-se, nesse rumo, as palavras de Eliane Cristine da Silva (2003, p. 243):

Paralelamente ao desenvolvimento da biotecnologia aplicada à reprodução humana, começaram a surgir inúmeros debates concernentes ao respeito à dignidade da pessoa humana, aos aspectos éticos, morais e religiosos que envolvem a reprodução assistida. Surgiu, também, uma preocupação com as novas relações jurídicas originadas em tais casos, já que o direito, como ciência social, não caminha na mesma velocidade das ciências biomédicas. Do fato social é que surge a necessidade de criação da norma jurídica e essa nova realidade das relações sociais clama por um ordenamento que a regule, sob pena de instabilidade das relações jurídicas e da banalização da vida humana.

Acompanhando as constantes mudanças nas relações familiares advindas inclusive das técnicas de reprodução assistida, a Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Especial n. 1.274.240/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, assim se

posicionou: “a paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação”, independente da origem desta.

Por meio das lições esposadas, conclui-se que o ordenamento jurídico atual dispensa às técnicas de reprodução humana medicamente assistida tratamento insuficiente, em razão, especialmente, da constante evolução da biotecnologia, que não foi acompanhada pela legislação pátria.

Essa parca disciplina afeta diretamente as relações jurídicas que serão titularizadas pela prole concebida por meio de procedimento de inseminação artificial, entre elas a possibilidade de concorrer na sucessão de seu genitor se este for pré-morto quando da utilização da técnica, conjuntura que será abordada no decorrer deste capítulo.

3.1. Previsões do Código Civil de 2002

Inúmeras inovações tecnológicas foram observadas nos últimos anos nos campos das ciências médicas e biológicas. Estas, por sua vez, interferiram sobremaneira no âmbito da reprodução humana, facilitando, assim, o surgimento e desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida, as quais têm como propósito combater a infertilidade ou mesmo apresentar-se como outra opção à adoção, no caso de casais homossexuais e pessoas solteiras.

Assim, por meio do constante avanço científico “várias técnicas de inseminação artificial vêm sendo utilizadas, visando possibilitar a vitória da ciência diante da impossibilidade humana no que se refere à procriação” (SILVA, online, p. 370).

Tais avanços culminaram em maior destaque à autonomia da vontade, deixando cair por terra os pressupostos de paternidade, maternidade e filiação.

Ainda assim, o Código Civil em vigor disciplina, no artigo 1.597, presunções de filiação decorrentes da relação de casamento e, em seus últimos três incisos, traz uma tímida disciplina envolvendo hipóteses de inseminação artificial. A justificativa para essa acanhada regulamentação é a falta de maturidade do tema, o que traz problemas técnicos que ficariam mais bem acomodados em lei especial (DIAS, 2015, p. 400).

As técnicas de reprodução assistida – comumente representadas pelas expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” ou “inseminação artificial” – são utilizadas em substituição à concepção tradicional, decorrente do ato sexual. Nesse caso, “em virtude da esterilidade de um dos cônjuges, ou por outros fatores, trona-se impraticável a fecundação no útero materno” (RIZZARDO, 2011, p. 435), em resumo, são técnicas de interferência no processo natural de fecundação.

Desde a Resolução n. 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, existe previsão expressa quanto à possibilidade de utilização dos métodos de reprodução humana medicamente assistida por casais homossexuais e também pessoas solteiras. Nestas situações, evidente, não se requer comprovação de esterilidade, uma vez que a impossibilidade de gerar um filho decorre da opção sexual do casal e da escolha pessoal.

Com relação aos métodos de reprodução humana assistida, estes podem ser realizados, basicamente, de duas maneiras: por meio da fecundação *in vivo*, que ocorre no interior do corpo da mulher, exemplo da inseminação artificial – hipótese abarcada pela presunção de paternidade do Código Civil de 2002 – ou “através da fertilização *in vitro*, ou seja, aquela que ocorre fora do organismo feminino, em laboratório” (SILVA, online, p. 371).

Ambas as técnicas, conforme anteriormente abordado, podem ser de dois tipos: homóloga ou heteróloga e, como ensina Maria Berenice Dias (2015, p. 400):

Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal.

Insta gizar que “a fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a gestação a termo” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 599). Na procriação heteróloga, de outra banda, o médico trabalhará com o material genético de terceira pessoa, que fornecerá seus gametas sempre a título gratuito.

No que diz respeito à fecundação artificial heteróloga – cuja presunção de paternidade vem disciplinada pelo inciso V, do art. 1.597 do CC/2002 –, a utilização de tal técnica exige o prévio consentimento do cônjuge ou companheiro, em caso de pessoas casadas ou em união estável, uma vez que será presumivelmente pai da prole que vier a nascer a pessoa que manifestou sua aquiescência com a execução da técnica, não aquele que forneceu o material genético.

É o único caso, como explanado em capítulo anterior, em que a presunção de paternidade é absoluta, e não pode ser derruída por exame em DNA (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 608).

Depois da implantação do óvulo, o consentimento não admite retratação, pois já se encontra em andamento a gestação. No entanto, a autorização não pode ter duração infinita, cabendo figurar a hipótese de divórcio ou fim da união estável. Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher. (DIAS, 2015, p. 403).

Muito se questiona acerca do necessário anonimato do doador dos gametas, pois não se pode negar ao fruto da reprodução assistida heteróloga que proponha uma ação para investigar sua paternidade biológica, esta, porém, não terá efeitos registraes. Todavia, como afirma Maria Berenice Dias (2015, p. 403), “o só fato de o doador do material genético ser conhecido não impede que ocorra o registro em nome de quem consentiu com o procedimento de inseminação”.

Por outro lado, no que diz respeito à fecundação artificial homóloga, verifica-se que esta pode ser realizada por meio da introdução dos gametas masculinos, agora do cônjuge ou companheiro, no corpo da mulher, por meio de transferência realizada artificialmente (SILVA, online, p. 371) ou através da fertilização, *in vitro*, formando-se um embrião com o material genético do casal.

Na primeira hipótese, em que pese não ser necessária a manifesta aquiescência do cônjuge para realização do procedimento, a expressão “mesmo que falecido o marido” do art. 1.597, inciso III, do CC/2002, tem dado margem a discussões. Entende-se, porém, que “somente na hipótese de ter havido expressa autorização [...] é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento” (DIAS, 2015, p. 401), imperando o princípio da autonomia da vontade.

Importante ressaltar, neste ponto, que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e que o princípio da isonomia entre filhos é constitucionalmente garantido, não se podendo admitir que uma legislação infraconstitucional restrinja qualquer tipo de direito – inclusive sucessório – do filho assim concebido (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 83).

Defendendo o reconhecimento total de direitos à prole concebida por inseminação artificial homóloga após a morte do genitor, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (online, p. 14) entende que devem ser reconhecidos “plenos efeitos à inseminação artificial *post mortem*, admitindo iguais direitos na seara do direito de família e no âmbito das sucessões, àquele nascido mediante essa técnica”.

No tocante ao inciso IV do art. 1.597, do Código Civil de 2002, este trata especificamente dos embriões excedentários, “que são aqueles que sobejaram, remanesceram de uma fertilização assistida realizada anteriormente” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 604).

In casu, a despeito de a legislação não ter previsto a presunção de paternidade caso a implantação deste embrião criogenizado no corpo da mãe venha a ser realizada após o falecimento do genitor-doador, é cristalino que, caso haja expressa concordância deste, o procedimento pode ser realizado. Na presente situação, será indiscutível o direito de suceder

da prole, uma vez que já terá ocorrido a concepção, mesmo que laboratorial, no momento da abertura da sucessão, portanto, o filho já será concebido, preenchendo, assim, o requisito do art. 1.798, do CC/2002.

3.2. As resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca da reprodução humana assistida

Consoante apontado anteriormente, a legislação brasileira limita-se, no que diz respeito à reprodução humana medicamente assistida, a fazer presunções de paternidade no Código Civil em vigor, deixando para legislação especial, ainda não editada, tratar de tal matéria.

Todavia, em que pese não haver disciplina jurídica sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina, ao longo dos anos, publicou e revogou algumas resoluções tratando do assunto.

Nesse rumo, verifica-se que a demonstração cabal da constante evolução dos procedimentos de reprodução assistida nos últimos tempos pode ser observada por meio das normativas editadas, especialmente porque a primeira resolução a tratar da matéria data de 19 de novembro de 1992 e foi revogada apenas no ano de 2010. Todavia, após a Resolução n. 1.957/2010, em apenas cinco anos, duas novas normativas se sobrepuseram a esta, a Resolução n. 2.013/2013 e, a mais recente delas, que revogou esta última, a Resolução n. 2.121, de 24 de setembro de 2015.

Uma vez que tais resoluções são o único regulamento em vigor que abrange o tema, não se pode preterir seu valor e, ao longo deste tópico, serão abordadas as principais disposições trazidas por cada uma das normativas indicadas, especialmente no tocante à criopreservação de gametas e/ou embriões, bem como previsão do uso das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

Inicialmente, observa-se que todas as resoluções, preambularmente, consideraram “a importância da infertilidade humana como um problema de saúde pública, com implicações médicas e psicológicas”.

A Resolução n. 1.358/1992, primeira normativa editada sobre o assunto, foi dividida em sete itens, sendo o primeiro deles, “Princípios Gerais”, dedicado a definir o papel das técnicas de reprodução assistida, tratando-as como facilitadoras do “processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade”.

Ainda no mesmo item, o Conselho Federal de Medicina tratou acerca do consentimento informado, assim disciplinando no tópico três:

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

In casu, observa-se a necessidade de consentimento quanto à realização da técnica de reprodução assistida, pois “a decisão de procriar artificialmente depende de um desejo comum, que determina o projeto parental do casal” (SILVA, 2003, p. 258). Todavia, em se tratando a resolução de “uma norma de cunho meramente ético, sem nenhum caráter impositivo ou sancionador, pode certamente [...] ser descumprida” (SILVA, 2003, p. 259).

Logo na sequência, no item II da resolução, esta enuncia os usuários dos procedimentos de reprodução assistida, quais sejam: “toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução”, desde que tenha previamente concordado com a técnica e assinado o documento de consentimento informado indicado alhures.

Ainda nesse item, no tópico dois, exige-se que, caso a mulher submetida à técnica de RA seja casada ou viva em união estável, o cônjuge ou companheiro também aprove o procedimento, nos mesmos moldes da futura genitora.

No item IV, o Conselho Federal de Medicina tratou acerca da doação de gametas – óvulos ou espermatozoides – ou pré-embriões, e determinou que tal procedimento “nunca terá caráter lucrativo ou comercial”, além de dispor que “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”.

Esta última disciplina – repetida pelas demais resoluções – tem impacto direto nos casos de inseminação artificial heteróloga quanto à presunção de filiação, que, nesse caso, não pode ser afastada pelo exame em DNA, uma vez que “consentindo o marido em que sua esposa se submeta a um procedimento de fertilização assistida com material genético de terceiro, presume-se, de forma absoluta, a paternidade do filho nascido” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 606).

No penúltimo item da Resolução n. 1.398/1992, encontra-se a disciplina de um dos temas mais relevantes para o presente trabalho, qual seja a possibilidade de criopreservação de gametas ou pré-embriões. Nesse ponto, a normativa aduz explicitamente que as clínicas podem criopreservar – preservar por meio de congelamento – espermatozoides, óvulos e pré-embriões.

Conforme o tópico dois da normativa, no caso de produção de pré-embriões em laboratório (fertilização *in vitro*), o total será comunicado aos pacientes para que decidam

quantos “serão transferidos *a fresco*”, ficando o excedente criopreservado, “não podendo ser descartado ou destruído”.

Ademais, “no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos”.

Após dezoito anos de vigência, a Resolução n. 1.398/1992 foi revogada pela Resolução n. 1.957/2010, a qual trouxe pequenas modificações no tocante aos procedimentos de reprodução assistida, além de uma previsão inédita com relação à normativa anterior.

Os princípios gerais previstos pela nova resolução não mais determinaram que as técnicas de reprodução assistida tratavam dos problemas de infertilidade, mas sim das dificuldades da reprodução humana de maneira genérica, passando, ainda, a limitar o número de oócitos a serem transferidos para a receptora do procedimento de RA, instituindo que tal número “não pode ser superior a quatro”.

Outra mudança da nova normativa dizia respeito aos pacientes que poderiam se submeter a uma técnica de reprodução assistida: se antes estava previsto que “toda mulher, capaz nos termos da lei” estaria apta a utilizar um procedimento de concepção artificial, a resolução de 2010 indicou que “todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução podem ser receptoras de técnicas de RA”.

Tal modificação se afigura significativa, pois, em que pese um homem, por questões biológicas e anatômicas, não poder gestar um filho, a nova previsão se aplicaria, evidentemente, a um casal homossexual que optasse por uma gestação por substituição – “procedimento que viabiliza a maternidade a determinadas pessoas às quais a procriação natural não se mostra viável” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 577).

No que diz respeito à criopreservação, verifica-se que a principal mudança foi a exclusão da proibição do descarte ou destruição dos embriões excedentários decorrentes de uma fertilização *in vitro*.

In casu, aponta-se que no lapso temporal decorrido entre as duas resoluções sobreveio a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), a qual tratou da destinação acerca dos embriões excedentes. Nesse sentido, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 604):

[...] os embriões excedentários serão preservados pelo prazo mínimo de três anos, se outro maior não foi convencionado contratualmente pelas partes, em consonância com o [...] art. 5º da Lei de Biossegurança. Durante esse lapso temporal, o casal poderá ter interesse em realizar uma nova fecundação, utilizando o embrião criogenizados remanescente.

Por fim, a grande novidade apresentada pela Resolução n. 1.957/2010, diz respeito ao seu último item, *in verbis*: “não constitui ilícito a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Apenas três anos depois a resolução explanada acabou sendo substituída *in totum* pela Resolução n. 2.013/2013.

Nesta normativa, previu-se que a idade máxima para uma candidata à reprodução assistida é de 50 (cinquenta) anos, mantendo-se a determinação acerca da possibilidade de sucesso do procedimento e ausência de risco para a paciente ou o possível descendente.

O grande diferencial da nova resolução, contudo, veio no segundo item onde esta tratou dos pacientes sujeitos às técnicas de reprodução assistida. Neste ponto, o Conselho Federal de Medicina obrou em acerto e, após a decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal que reconheceu como entidade familiar a união estável homossexual, previu expressamente que “é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”.

Já no que diz respeito à criopreservação, a despeito de a Lei de Biossegurança prever a utilização dos embriões excedentários em pesquisas com células-tronco após três anos criopreservados, a Resolução n. 2.013/2013 determinou que os embriões em tal estado, após cinco anos “poderão ser descartados, e não apenas [utilizados] para pesquisas de células-tronco”.

Outra inovação da normativa editada em 2013 foi a previsão expressa da gestação por substituição, permitindo o uso desta técnica “desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na dadora genética ou em caso de união homoafetiva”.

Destaca-se, ainda, que a resolução em análise manteve a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida após o falecimento do doador.

Recentemente, em 24 de setembro de 2015, foi publicada a mais nova resolução do Conselho Federal de Medicina acerca da reprodução humana assistida, qual seja a Resolução n. 2.121/2015.

Esta, apesar de ter substituído por completo a normativa anterior, não trouxe modificações tão significativas quanto às de sua predecessora, destacando-se, especialmente a mitigação do limite de 50 anos de idade estipulado para participação em uma técnica de reprodução assistida, o qual passou a comportar exceção “com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos”.

Todavia, no que diz respeito aos pontos mais relevantes para o presente trabalho – a criopreservação dos gametas ou embriões e a possibilidade da reprodução humana medicamente assistida após o falecimento do doador – não se observaram modificações.

3.3. A sucessão da prole concebida artificialmente após a morte do genitor

Ao longo deste tópico tratar-se-á especificamente acerca da situação da prole concebida por inseminação artificial – seja *in vivo* ou na proveta – depois do falecimento do seu genitor, abordando-se as posições doutrinárias divergentes e as principais antinomias normativas e principiológicas acerca de tal situação.

Inicialmente, cumpre relembrar os princípios que orientam a transmissão do patrimônio em razão da morte de alguém, especialmente que a lei que rege a abertura da sucessão é aquela “em vigor no momento do óbito do autor da herança” (MONTEIRO, 2009, p. 40) e que a legitimação para “receber na sucessão por vocação hereditária e em testamento [se limita] aos concebidos até a morte do testador” (RIZZARDO, 2011, p. 47), ressalvando-se, no caso da sucessão testamentária, a possibilidade de ser contemplada a prole eventual de pessoas determinadas pelo autor da herança.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 401): “o filho concebido tem direito à sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial”. Contudo, o que se discute é se o embrião, fecundado *in vitro* e criopreservado, que venha a ser implantado no útero materno após o falecimento do genitor, também possui legitimação (ou capacidade) sucessória para concorrer na sucessão legítima.

A mesma polêmica se verifica no cenário em que o genitor-doador tem seu sêmen criogenizado e, antes de realizar o projeto parental, vem a falecer, sendo os gametas injetados no útero da genitora após tal fato.

Nesses casos “o falecimento dá-se antes do emprego do sêmen ou da colocação do embrião no útero de uma mulher” (RIZZARDO, 2011, p. 450), o que gera acirradas discussões quanto à possibilidade, ou não, da prole assim concebida titularizar direito sucessório.

O tema se encontra longe de estar pacificado e, em que pese a Resolução n. 2.121/2015 dispor expressamente acerca da possibilidade do uso de técnicas de inseminação artificial *post mortem*, não é demais lembrar que aquela se trata apenas de uma norma ética, sem a abrangência de uma lei, podendo ser descumprida sem qualquer sanção, exceto a profissional.

Importante ressaltar, nesse rumo, que “a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido” (DIAS, 2015, p. 402).

A despeito da controvérsia envolvendo a matéria ora abordada, inegável que a doutrina é praticamente uníssona quando defende a necessidade de consentimento do genitor-doador para que seus gametas possam ser utilizados em procedimentos de reprodução humana assistida após o seu falecimento.

Maria Berenice Dias (2015, p. 402), entende que “o filho terá direito sucessório na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer depois de sua morte”, pois, como completa Arnaldo Rizzardo (2011, p. 450), “em termos gerais, não se pode impor uma paternidade que não existe e que não é desejada”.

No mesmo sentido caminhou o Conselho Federal de Medicina, nas resoluções explanadas anteriormente, prevendo a necessidade de autorização prévia do genitor para uso do material genético criogenizado após sua morte. “Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento” (DIAS, 2015, p. 401).

No que diz respeito às duas situações anteriormente descritas – utilização do sêmen ou implantação do embrião criopreservados após a morte do genitor –, porém, a doutrina diverge.

Quanto à segunda conjuntura, grande parte dos autores, os quais se detalharão mais a frente, sustenta que, quando o art. 1.798 do Código Civil fala em pessoas “já concebidas”, não há distinção acerca do local em que se deu a concepção – se em laboratório ou no interior do corpo da mulher – bastando, apenas e tão somente, que tenha ocorrido a concepção em si.

Por outro lado, uma doutrina minoritária, que tem Francisco José Cahali como representante, entende que a concepção que recebe proteção normativa é aquela que ocorre no interior do corpo feminino, quando o embrião já se encontra implantado no aparelho reprodutor, sendo apenas a partir deste momento resguardados os potenciais direitos do nascituro. Esta corrente defende que, antes da implantação no útero materno, o embrião excedentário não tem possibilidade de nascer, não sendo razoável considera-lo nascituro (DIAS, 2015, p. 402).

Filiando-se ao primeiro entendimento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 603) assim lecionam:

Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos dos arts. 1.597, III, e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma

vez que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão).

Os autores, como indicado, defendem uma interpretação normativa compatível com a Constituição Federal, aduzindo que caso o embrião laboratorial seja implantado no útero da genitora e venha a nascer com vida, não pode ser privado de ter reconhecidos seus direitos sucessórios, “sob pena de tratamento desigual injustificado, espancando o ideal almejado pelo constituinte” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 83).

No tocante à situação da prole concebida por inseminação artificial *post mortem* em que a genitora utiliza o sêmen criogenizado de seu cônjuge ou companheiro falecido para realizar a concepção, o número de juristas que advogam em favor do reconhecimento de direito sucessório ao filho proveniente de tal técnica diminui consideravelmente, cabendo citar entre eles o professor Cristiano Colombo e o juiz Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho.

Em seu artigo intitulado “Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório”, Carlos Cavalcanti ensina que uma leitura preliminar do art. 1.798, do Código Civil exclui o filho concebido mediante técnica de fecundação artificial realizada após a morte do autor da herança da sucessão legítima, pois, conforme o autor (online, p. 3), nessa situação “sequer há embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro”.

Advoga, todavia, que no Brasil não existe legislação que proíba o uso das técnicas de inseminação artificial após o falecimento do genitor, como ocorre em países como Alemanha e Suécia, por exemplo, o que possibilita que do uso de um dos procedimentos decorra uma filiação biológica após o falecimento do autor da herança.

Assim, em um sistema jurídico como o nosso que reconhece o pluralismo das entidades familiares e a plena liberdade do planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não se pode admitir norma ou regra restritiva à inseminação artificial *post mortem*, além disso é perfeitamente possível que o projeto parental se tenha iniciado em vida, dos cônjuges ou companheiros, e venha a se concretizar após a morte de um dos mesmos. A inequívoca manifestação de vontade, fundada no consentimento expresso que tenha deixado o falecido para utilização do material genético deixado para esse fim, legítima e legaliza a inseminação *post mortem*, fazendo com que os efeitos jurídicos sejam reconhecidos, em sua plenitude, àquele nascido mediante a utilização da pré-falada técnica (FILHO, online, p. 16-17).

O autor sustenta sua posição aduzindo que, se mesmo a prole concebida em uma relação instável, passageira, muitas vezes indesejada, merece ver reconhecido, voluntária ou judicialmente, seu direito sucessório, não caberia tratar de maneira diferente o filho proveniente de uma técnica de reprodução artificial homóloga, após a morte do genitor-doador, o qual deliberou e manifestou de maneira inequívoca, em documento escrito ou

testamento, a intenção de preservar seu material genético para utilização após o seu falecimento (FILHO, online, p. 7).

Concepção diametralmente oposta se extrai da doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 603), *in verbis*:

A outro giro, se não havia concepção, ou seja em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação de desigualdade.

Contudo, Carlos Cavalcanti, em entendimento endossado por este trabalho, conclui o artigo mencionado com a seguinte lição (online, p. 22):

No âmbito do direito das sucessões a interpretação da vocação hereditária, regulamentada no artigo 1.798, do Código Civil, deve observar que o legislador não previu a possibilidade de uma pessoa falecida poder gerar um filho, através da utilização do seu material genético crioconservado, de sorte que não havendo expressa vedação legal, deve o intérprete compatibilizar essa nova perspectiva com os princípios constitucionais da igualdade da filiação e da liberdade do planejamento familiar, previstos nos artigos 227, § 6º, e 226, § 7º, da Constituição Federal. O planejamento familiar, de livre deliberação do casal, ocorre com a manifestação de vontade em vida, inclusive quanto à realização de um projeto parental, mas pode por circunstâncias alheias à vontade dos partícipes ser efetivado *post mortem*, viabilizando o nascimento de uma criança por inseminação póstuma.

Assim, mesmo estando diante de uma situação em que o filho ainda não esteja nascido, tampouco concebido no momento da abertura da sucessão, se este for gerado por técnica de inseminação artificial homóloga, utilizando-se o material genético do doador, seja ele cônjuge ou companheiro, que expressamente consentiu com a utilização da técnica após seu falecimento, merece ver seu direito sucessório garantido, uma vez que negar-lhe a prerrogativa de herdeiro legítimo é uma afronta grave ao princípio constitucional da isonomia entre os filhos e estar-se-ia diante de uma afrontosa mitigação da liberdade de planejamento familiar.

Diante das posições doutrinárias diversas aqui explanadas, insta destacar o recente Projeto de Lei n. 115/2015 que pretende instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, com o objetivo de regular a aplicação e utilização dos procedimentos de reprodução humana assistida, bem como seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

A proposição se encontra sujeita à apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados e se trata de inegável evolução no campo das técnicas de inseminação artificial, especialmente no tocante às consequências jurídicas decorrentes de tais procedimentos, uma vez que prevê explicitamente que a prole concebida por meio de inseminação artificial *post mortem* – não fazendo distinção entre a utilização do embrião ou do sêmen criogenizados – terá garantido seu direito sucessório, caso a gravidez ocorra em até três anos a partir da morte do autor da herança e consequente abertura da sucessão.

Nos próximos tópicos, explorar-se-ão as aparentes antinomias normativas e principiológicas que envolvem a sucessão do filho concebido após o falecimento do genitor, além de analisar a solução prevista no Enunciado 267 da Terceira Jornada de Direito Civil e os aspectos relevantes do Projeto de Lei n. 115/2015.

3.3.1. Presunção de filiação X Ilegitimidade para concorrer na sucessão

Conforme amplamente analisado em capítulo específico, o art. 1.597, do Código Civil, em seus incisos III e IV trata da presunção de filiação nas hipóteses de fecundação artificial homóloga, aquela realizada “com material genético do casal, colhido com o consenso recíproco” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 603).

A primeira previsão, diz respeito à fecundação *post mortem* empreendida após o falecimento do doador do material genético, já a segunda hipótese, trata dos embriões excedentários, “resultantes de técnicas de procriação medicamente assistida que não foram implantados no útero da mulher, por isso, foram congelados até ser decidido o seu destino” (FARIAS; ROSENVALD, p. 604).

Nesta situação, “o pai cede o sêmen, que é injetado em óvulos” (RIZZARDO, 2011, p. 351), restando evidente, portanto, que a concepção laboratorial já ocorreu e o embrião criogenizado que venha a ser implantado no útero da mulher terá garantidos seus direitos sucessórios, porque preencherá o requisito da coexistência, disciplinado no art. 1.798, do Código Civil.

De acordo com este princípio, também abordado anteriormente, a pessoa que suceder ao autor da herança deve ter nascido ou, ao menos, já ter sido concebida no momento da abertura da sucessão, portanto “é condição decisiva que se verifique a existência de vida da pessoa” (RIZZARDO, 2011, p. 47).

Logo, em relação aos embriões excedentários, como estes já foram concebidos laboratorialmente e o artigo alhures não distingue o tipo de concepção por ele abrangida, a maior parte da doutrina entende que, *in casu*, o filho gerado a partir de tal técnica além de ser presumivelmente filho do genitor-doador, por previsão do art. 1.597, inciso IV, do Código Civil, possui também direito sucessório e concorre na sucessão legítima do autor da herança.

A grande controvérsia, porém, envolve a situação da prole concebida por inseminação artificial após o falecimento do marido ou companheiro doador, com o uso do sêmen criogenizado deste.

Nesta hipótese, sintetizam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 83):

O exuberante quadro apresentado pelas novas técnicas reprodutivas nos apresenta uma singular situação jurídica, na qual uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo, caso não esteja concebida (no útero ou no laboratório) no momento da abertura da sucessão.

Entendem os autores que a situação descrita, por se tratar apenas de sêmen congelado, não havendo qualquer tipo de concepção, não preenche o requisito da coexistência, não podendo se falar em direito sucessório do filho assim concebido porque se trata de situação absolutamente distinta daquela observada no caso dos embriões excedentes (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 603).

Todavia, em que pese se tratem de cenários diversos, inegável que ambos os filhos – tanto aquele proveniente de implantação de embriões excedentários conservados, quanto o fruto de inseminação com uso de sêmen criogenizado – serão filhos, inclusive por presunção legal, do doador do material genético, o qual consentiu com o uso da técnica escolhida após o seu falecimento, como forma de concretizar o projeto parental que não pôde ser finalizado durante a existência terrena do genitor.

Portanto, parece injustificável que uma criança, presumivelmente filha, que, constitucionalmente, não pode ser tratada de maneira desigual em relação ao restante da prole, não tenha reconhecido seu direito de concorrer na sucessão legítima do seu ascendente, única e exclusivamente em razão de um requisito fixado em uma norma infraconstitucional. Como aduz Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 110): “situação favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*”.

Por fim, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (online, p. 18), fazendo uma analogia com a adoção póstuma, assim sustenta:

[...] como na adoção havendo inequívoca manifestação de vontade do(s) adotante(s) que venha(m) a falecer depois de iniciado o processo de adoção admite-se a conclusão do procedimento, assim também deve ocorrer na fecundação *post mortem*, uma vez que solução diversa irá de encontro ao melhor interesse da criança, a qual tem o direito de ser reconhecida filha do pai falecido para todos os efeitos jurídicos, no âmbito do direito de família e das sucessões.

Conclui-se, portanto, que sendo o filho concebido por meio de técnica de reprodução humana assistida homóloga presumivelmente filho do doador do material genético, mesmo em caso de utilização do sêmen criogenizado, hipótese em que não houve concepção, a prole deve ter reconhecido seu direito sucessório.

3.3.2. Segurança jurídica do herdeiro X Isonomia entre os filhos

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, estabelece o princípio da segurança jurídica quando disciplina que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Referido princípio pode ser definido como o conjunto de condições que tornam possível às partes de uma relação jurídica ter prévio conhecimento das consequências diretas de seus atos (ou de fatos que venham a ocorrer) para aquela relação.

Nesse sentido, aduzem Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012, p. 433) que “uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.

No caso do herdeiro ou do legatário, uma vez recebido o quinhão hereditário ou o legado, de maneira definitiva, em razão do positivado princípio da segurança jurídica é de se esperar que a lei não prejudique aquele direito adquirido, nem a coisa julgada referente à partilha realizada.

Todavia, no campo do direito sucessório, as relações se afiguram mais complexas e o princípio em comento acaba sofrendo certa relativização, como exemplifica Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (online, p. 6):

[...] observe-se que, se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes do primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil, no entanto, havendo ação de investigação de paternidade *post mortem* julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. art. 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente. Verifica-se que tal fato, existência de filho não-reconhecido, modificaria substancialmente a vocação hereditária, donde se conclui que a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa.

O mesmo se verifica no caso de um filho concebido por meio de técnica de reprodução assistida homóloga após o falecimento de seu genitor, pois, não havendo dúvida acerca da paternidade da prole, não há que se preterir o direito desta de concorrer na sucessão legítima, sob o argumento de que deve prevalecer a segurança jurídica dos herdeiros já reconhecidos no processo sucessório.

Negar ao filho concebido *post mortem*, por técnica de reprodução assistida, o direito de participar da sucessão do seu genitor é, acima de tudo, afronta ao princípio constitucional da isonomia entre os filhos, pois como demonstrado, a segurança jurídica no direito sucessório é relativa, devendo prevalecer o tratamento igualitário. Este trato isonômico deve sempre atuar em favor da prole gerada através de procedimentos artificiais, especialmente porque, qualquer solução que venha a restringir os direitos dessa criança, redundaria em discriminação em relação aos demais filhos do *de cujus*, seus irmãos biológicos.

Não existe, em princípio, no ordenamento jurídico brasileiro, a impossibilidade de um filho ver reconhecida sua origem genética. Desta feita, não é o fato da pré-morte de um dos genitores que vai afastar o direito do nascido, por meio do uso de técnica de reprodução

assistida, de ter consignado em sua certidão de nascimento, o nome dos seus pais (FILHO, online, p. 8).

Nessa senda, observa-se que o direito daquele descendente também merece ser estendido ao campo sucessório, pois, uma vez consagrada constitucionalmente a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, CF), sem qualquer exceção, não se pode admitir que esta seja instituída pelo legislador ordinário, tampouco pelo intérprete, sob o argumento de que afrontaria a segurança jurídica dos herdeiros nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão.

Seguindo essa linha de raciocínio, o exemplo de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (online, p. 7), quanto à relatividade da segurança jurídica no direito sucessório:

A possibilidade jurídica da utilização da ação de petição de herança, nos termos do artigo 1.824, do Código Civil, dá a perfeita noção da segurança apenas relativa de qualquer sucessão, à medida que com a referida ação o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido.

Assim, evidente que, em que pese a aparente antinomia principiológica explorada, especialmente no caso da prole proveniente de inseminação artificial homóloga póstuma, verifica-se a nítida prevalência do princípio constitucional da isonomia entre os filhos, uma vez que, no direito sucessório, a segurança jurídica é relativizada.

Cristalino, porém, que esta relativização – e a consequente insegurança dos herdeiros, em relação ao futuro herdeiro necessário que poderá vir a nascer – não pode se prolongar *ad eternum*, devendo ser fixado prazo para que a inseminação artificial ou a implantação do embrião criogenizado ocorra, daí a necessidade de uma legislação específica que discipline o tema em análise.

3.3.3. A solução do enunciado 267 da Terceira Jornada de Direito Civil e o Projeto de Lei n. 115/2015

Acerca da possibilidade de não ser reconhecido o direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga póstuma, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (online, p. 24) arrebata:

A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, em razão das inúmeras controvérsias envolvendo a sucessão do filho concebido por procedimento de reprodução humana assistida realizada após a morte do genitor e, principalmente, o visível tratamento discriminatório a ele dispensado, durante a Terceira Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, entre os dias 1º e 3 de novembro de 2004, restou aprovado o Enunciado n. 267, que assim dispõe:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.

Uma análise perfunctória do referido texto permite concluir que não houve delimitação dos procedimentos de reprodução humana assistida abrangidos pelo enunciado, concluindo-se, portanto, que esta solução deve ser observada tanto nos casos de sêmen criogenizado introduzidos no útero da mulher após o falecimento do doador, onde a concepção ocorrerá posteriormente ao falecimento do genitor, quanto em se tratando de implantação de embriões excedentários, estes já concebidos em laboratório e criopreservados.

Observa-se também que a proposição retro transcrita não estipula um lapso temporal após o falecimento do doador para que concepção ocorra, porém, levando-se em conta a Resolução n. 2.121/2015, a qual prevê a possibilidade de descarte de embriões após cinco anos de criopreservação, conclui-se que este deve ser o período considerado para que seja realizada a técnica.

Todavia, evidente que não tendo os enunciados qualquer força normativa, servindo apenas como diretriz, que pode ou não ser seguida, patente a necessidade de regulamentação do tema por meio de lei.

Em razão desta preocupação, ao longo dos anos, algumas propostas normativas foram apresentadas à Câmara dos Deputados na tentativa de regularizar a questão, sendo a mais recente delas o Projeto de Lei n. 115/2015.

O referido projeto, dividido em 106 artigos, perpassa por inúmeras nuances que envolvem a reprodução humana assistida, desde doação de gametas e cessão temporária do útero até sanções administrativas e criminais de médicos ou usuários dos procedimentos.

O art. 7º do PL 115/2015, por exemplo, enumera princípios que devem ser observados em caso de utilização de técnica de reprodução humana, entre eles: igualdade, superior interesse do menor, paternidade responsável, liberdade de planejamento familiar e autonomia da vontade, os quais também são aplicáveis ao direito sucessório do descendente de maneira geral.

Mais a frente, no art. 27, a proposta normativa autoriza a criopreservação de óvulos e espermatozoides por “clínicas, centros médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida”, repetindo as resoluções do Conselho Federal de Medicina quanto à necessidade de a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva expressar, por escrito, qual será a destinação dos embriões criogenizados em caso de “rompimento da sociedade conjugal, união estável, doença grave ou falecimento de um deles ou de ambos ou em virtude de desistência” (art. 31), vedando-se, todavia, o descarte dos gametas ou embriões.

Quanto à reprodução assistida *post mortem*, o art. 35 do PL 115/2015, prevê que é permitido o uso do material genético de qualquer pessoa – óvulo ou espermatozoide – e do embrião já formado, desde que o doador se manifeste, em documento escrito, quanto ao uso de seu material biológico criopreservado, devendo descrever: “I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião; II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção”.

O mesmo artigo ainda prevê que a pessoa escolhida como destinatária, deverá anuir com o procedimento, também em documento escrito.

No tocante à presunção de filiação, o projeto de lei apenas confirma as disposições do Código Civil em vigor, aduzindo que o filho concebido por meio do uso de qualquer das técnicas de reprodução assistida será presumivelmente descendente dos cônjuges ou companheiros que se submeteram ao procedimento.

Contudo, a grande evolução do Projeto de Lei n. 115/2015, está disciplinada no capítulo VI, intitulado “dos direitos patrimoniais e pessoais das pessoas nascidas pelo emprego das técnicas de reprodução assistida”, onde, em apenas dois artigos, foi possível pôr fim à controvérsia que perpassou todo o presente estudo:

Art. 58. Todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente, nos termos do artigo 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

Art. 59. Tratando-se de fecundação *post mortem*, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

Como se vê, o art. 58 consagra a prevalência do princípio da isonomia entre os filhos sobre qualquer normativa infraconstitucional que possa excluir a prole concebida *post mortem* da sucessão legítima, enquanto o art. 59 estipula o prazo de três anos, após a abertura da sucessão, para que ocorra a gravidez, levada a efeito por meio de procedimento de reprodução assistida homóloga póstuma, e seja garantido ao filho que dela advier seu direito sucessório.

O projeto de lei explorado embora ainda se encontre sujeito à apreciação do plenário da Câmara dos Deputados, caso aprovado, colocaria fim às controvérsias envolvendo o direito sucessório do descendente gerado a partir de técnica de reprodução humana medicamente assistida, uma vez que alçaria à condição de lei – com abrangência geral – vários assuntos disciplinados pela Resolução n. 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, a qual possui um caráter meramente ético.

Como se vê, o PL n. 115/2015 afasta qualquer alegação de afronta ao princípio da segurança jurídica dos herdeiros já nascidos ou concebidos quando da morte do autor da herança, prevendo, no art. 59, §2º, uma sucessão provisória pelo prazo de três anos em caso de existência de material genético ou embrião criopreservado cumulada com expressa autorização do genitor-doador para uso após o seu falecimento, sendo que, transcorrido o lapso temporal ou nascido o filho, a sucessão se tornará definitiva.

Por fim, importa ressaltar que a normativa rechaça, como era de se esperar, qualquer discriminação com relação à prole proveniente de inseminação artificial homóloga e demais técnicas de reprodução assistida, consagrando o princípio da isonomia entre filhos e ratificando a presunção de filiação disposta no Código Civil de 2002.

CONCLUSÃO

A partir do presente trabalho, procurou-se defender que o filho concebido por meio de técnica de reprodução humana medicamente assistida homóloga, seja ela inseminação artificial com sêmen criogenizado ou implantação de embriões excedentários, após o falecimento do genitor-doador, tem direito de concorrer na sucessão legítima de seu ascendente, em consagração ao princípio constitucional da isonomia entre filhos.

O Conselho Federal de Medicina, desde a edição de sua primeira resolução sobre a reprodução assistida, em 1992, trata da infertilidade humana como um problema de saúde pública e tem avançado significativamente no desenvolvimento de técnicas capazes de auxiliar casais que, por qualquer disfunção, não possam gerar filhos da maneira tradicional.

Outrossim, a partir do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da união homossexual como entidade familiar, evidente que essas pessoas também devem ter garantido pelo Estado o direito de realizar seu projeto de parentalidade por meio diverso da adoção.

Contudo, as incontáveis evoluções no campo da ciência e da biotecnologia parecem ter sido ignoradas pelo Código Civil de 2002, porquanto este se limitou a mencionar algumas técnicas de reprodução humana assistida quando tratou, no art. 1.597, da presunção de filiação, indicando, especialmente quanto aos procedimentos realizados com material genético fornecido pelo casal – ditos homólogos –, que a prole será presumivelmente do doador do material genético, seja em caso de implantação de embriões excedentários ou quando ocorrer inseminação artificial com sêmen criogenizado, mesmo após a morte do genitor-fornecedor.

O Diploma Civil, todavia, olvidou-se de disciplinar acerca do direito sucessório desse filho concebido por meio de técnica de reprodução humana medicamente assistida, quando efetivada *post mortem*, fato que acaba por, aprioristicamente, excluí-lo da sucessão legítima de seu ascendente, que cedeu material genético para realização do procedimento, à qual teria direito, uma vez que é filho do *de cujus*, legal e biologicamente.

Nesse ponto, importante lembrar que a sucessão se abre no momento da morte do sucedido e, para que uma pessoa tenha legitimidade (ou capacidade) para concorrer nessa sucessão, é necessário que preencha o requisito da coexistência, ou seja, ela deve ser nascida ou, ao menos, já concebida no momento do falecimento do autor da herança.

O requisito indicado alhures é o grande causador da controvérsia que permeia esse estudo, pois, no caso de procriação através de técnica de reprodução humana medicamente assistida póstuma, o descendente, em uma análise perfunctória, não estaria nascido, tampouco concebido, no momento da abertura da sucessão.

Ocorre que, os dois procedimentos de RA abordados ao logo do presente trabalho – inseminação com sêmen criogenizado e implantação de embriões excedentários – são ponderados por uma parcela da doutrina de maneira diferente, quando se trata de garantir ou não a essa prole seu direito sucessório.

No tocante à segunda situação, grande parte dos autores entende que o filho assim concebido faz jus a concorrer na sucessão legítima de seu genitor, visto que os embriões excedentários são aqueles que remanesceram de uma técnica anterior, estando já concebidos, mesmo laboratorialmente, no momento da abertura da sucessão.

Aqueles que defendem esse entendimento apontam que, como o art. 1798, do Código Civil não especifica qual concepção deve ter ocorrido para que a pessoa veja reconhecido seu direito sucessório, ele deve ser interpretado de maneira a abranger tanto a concepção uterina, quanto a laboratorial.

Em se tratando do uso de sêmen criogenizado fornecido pelo genitor-doador, em vida, mas utilizado apenas após o falecimento deste, a divergência é muito maior, porquanto, *in casu*, não existe um embrião pré-concebido no momento da morte do autor da herança, há apenas material genético criopreservado.

Endossa-se, todavia, que sendo essa prole, legal e biologicamente, filho do doador já falecido no momento da concepção, não se pode negar a ela o direito de concorrer na sucessão legítima de seu ascendente. Fazê-lo, seria, acima de tudo, dispensar tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem, o que é expressamente vedado pelo art. 227, §6º, da Constituição Federal, o qual consagrou, de maneira absoluta, a isonomia na filiação.

Concluir de maneira diversa levaria, de início, a uma situação peculiar, em que alguém será filho de outrem, inclusive por força da lei, mas não terá legitimidade para concorrer na sucessão legítima. Tal conjuntura não merece prosperar, pois, se os genitores construíram um projeto parental, que não se concretizou em vida por circunstâncias alheias à vontade daqueles, não se pode punir o filho que virá a nascer, uma vez que sua concepção adveio de um planejamento familiar que é de livre decisão do casal e deve ser garantido pelo Estado, o qual não pode retirar da prole o direito de receber o patrimônio deixado por seu ascendente.

No mesmo rumo, a segurança jurídica dos herdeiros não pode obstar o reconhecimento do direito sucessório ao filho concebido por meio de técnica de reprodução assistida após o falecimento do autor da herança, porquanto essa segurança, no campo da sucessão, sofre certa relativização, dada a complexidade das relações envolvidas. Todavia, cabe apontar que a insegurança dos herdeiros em relação a utilização ou não do material genético deixado pelo sucedido não pode se prolongar infinitamente, devendo-se, por isso, ser fixado um lapso temporal para que se leve a efeito o procedimento de RA.

Finalmente, em que pese a falta de normativa atual sobre o tema, o Enunciado n. 267 da Terceira Jornada de Direito Civil vem sendo utilizada para dirimir a controvérsia. Este sustenta que a regra do art. 1.798, do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados por meio de técnica de reprodução humana medicamente assistida, estando os efeitos patrimoniais submetidos às regras da petição de herança.

Porém, por se tratar de simples enunciado, sem força normativa, necessário se faz a edição de lei especial que discipline a matéria. Nesse rumo, o mais recente projeto de lei, que se encontra pendente de apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, o PL 115/2015, dispõe, consoante endossado ao longo do presente estudo, que filhos gerados através de técnica de reprodução humana medicamente assistida terão garantidos os mesmos direitos e deveres dispensados à prole concebida de maneira natural, o que demonstra, por óbvio, a supremacia do princípio constitucional da isonomia entre filhos, em detrimento das normativas infraconstitucionais que pudessem causar qualquer conflito.

O projeto de lei também fixa um lapso temporal de três anos para que o procedimento seja realizado e dispõe que, caso o autor da herança deixe material genético criogenizado, bem como expressamente autorize sua utilização, abre-se, inicialmente, uma sucessão provisória que, após esse período ou com o nascimento do descendente, torna-se definitiva.

Diante do exposto, evidente que o filho proveniente de técnica de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, seja ela inseminação artificial com sêmen criogenizado ou implantação de embriões excedentários criopreservados, deve ter reconhecido seu direito sucessório em relação ao ascendente, consagrando-se o princípio da isonomia. Outrossim, o projeto de lei mencionado se afigura uma solução bastante viável para que a controvérsia abordada nesse estudo seja resolvida, de maneira a atender o melhor interesse de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15.out.2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3.out.2016.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 28.out.2016.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 2.out.2016.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 28.out.2016.

BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 3.out.2016.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 14.out.2016.

BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 15.out.2016.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> acesso em: 10.maio.2016.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 14.out.2016.

BRASIL. Projeto de lei n. 115 de 2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EC7542E719D>

57ADB634E624BAFC7DE6C.proposicoesWebExterno2?codteor=1296985&filename=PL+115/2015>. Acesso em: 16.out.16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.194.059-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 6.11.2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25710316&num_registro=201000858082&data=20121114&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 11.out.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.274.240-SC. Terceira Turma, Rel. Mina. Nancy Andrigui, j. em 8.10.13. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274960/recurso-especial-resp-1274240-sc-2011-0204523-7-stj/inteiro-teor-24274961>>. Acesso em 9.nov.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 898.060-SC. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em: 10.out.2016

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas, Agravo de Instrumento n. 0800300-60.2013.8.02.0900, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. James Magalhães de Medeiros, j. em 4.12.2013. Disponível em: <<http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125578204/agravo-de-instrumento-ai-8003006020138020900-al-0800300-6020138020900/inteiro-teor-125578213>>. Acesso em: 16.out.2016.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/223.pdf>. Acesso em: 5.out.16.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito civil: família, sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.398 de 19 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 14.out.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.957 de 15 de dezembro de 2010. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 14.out.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.013 de 9 de maio de 2013. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 15.out.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.121 de 24 de setembro de 2015. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15.out.2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Manual das sucessões. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Curso de direito civil, volume 7: sucessões. São Paulo: Atlas, 2015.

FRASCARI, Maria Cristina. Paternidade responsável x paternidade afetiva. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (org.). Temas polêmicos de direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 67-78.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 16.out.16.

GOMES, Orlando. Sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

INSTITUTO PATERNIDADE RESPONSÁVEL. Disponível em: <<http://www.paternidaderesponsavel.org.br/>>. Acesso em: 8.nov.2016.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: Enunciados aprovados. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 14.out.16.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf>. Acesso em: 6.out.16.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Curso de direito civil, volume 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRETTO, Cristiano. Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das sucessões, volume 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Eliane Cristine da. Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (org.). Temas polêmicos de direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 241-290.

SILVA, Elizandra Mara da. A filiação em face da reprodução assistida. Revista da Esmesc, v. 13, n. 19, 2006. Disponível em: < <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2006/2-1247232309.PDF>>. Acesso em: 10.out.16.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil, volume 7: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Direito civil: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.